

**VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ RODRIGO MUDROVITSCH
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO MIEMBROS DE LA CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS "JOSÉ
ALVEAR RESTREPO" VS. COLOMBIA**

SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2023

(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

I. Introducción

1. En el caso *Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia* se discute la responsabilidad internacional del Estado, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención"), por los actos de seguimiento, persecución, violencia, hostigamiento y amenazas en contra de varios miembros del Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" ("CAJAR" o "Colectivo") ocurridos desde la década de 1990 hasta la actualidad y vinculados con sus actividades como defensores de derechos humanos¹.

2. La sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH" o "Tribunal") destaca no sólo por su robustez, producto del denso acervo probatorio y del extenso marco temporal involucrado, sino también por la complejidad de los hechos denunciados. Se trata de un caso de gran impacto, que presenta violaciones de derechos humanos de dimensiones estructurales y un número de víctimas potencialmente desconocido.

3. CAJAR, la entidad que da nombre al caso, es una organización no gubernamental con sede en Bogotá, con personalidad jurídica desde 1980 y registrada como entidad sin ánimo de lucro. Durante los últimos 40 años, el Colectivo se ha dedicado a prestar asesoría jurídica a víctimas de violaciones de derechos humanos y a combatir la impunidad de los crímenes perpetrados por agentes estatales en Colombia o de terceros que actúan con la tolerancia o aquiescencia del Estado, representándolas tanto ante los tribunales colombianos como ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ("SIDH"). Son innumerables los casos ante la Corte IDH cuyos peticionarios han sido patrocinados por el CAJAR, especialmente los relacionados con el conflicto interno del país.

4. Sus miembros, en su mayoría abogados, representaban a familiares de personas desaparecidas y asesinadas por el Estado o los paramilitares, a miembros de grupos considerados subversivos o de oposición política, así como a personas víctimas de todo tipo de violencia perpetrada por agentes del Estado o terceros que actuaban con su connivencia. En definitiva, defendían a quienes eran considerados "enemigos" a los ojos del Poder Público y, como tales, objetivos a perseguir y, en ocasiones, a eliminar. Este escenario convirtió al Colectivo en el punto focal de las violaciones sometidas a la Corte IDH en este caso. En este contexto, defender los derechos de quienes eran arbitrariamente acosados y tratados al margen de la ley se convirtió en una actividad inaceptable para el Estado. Al hacerlo y al denunciar públicamente las violaciones, el CAJAR se convirtió en un obstáculo para los objetivos de las autoridades de combatir la disidencia, desencadenando la vigilancia incesante y las amenazas contra los miembros del Colectivo y sus seres queridos, que se detallan en la Sentencia.

¹ Corte IDH. Corte IDH. *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" (CAJAR) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, de ahora en adelante referida como "Sentencia".

5. Así, el caso tiene como epicentro las actividades de inteligencia realizadas clandestinamente por el Estado colombiano, muchas veces entrelazadas con prácticas intimidatorias, que en conjunto revelan el propósito de coartar a las víctimas en el ejercicio de su función de defensa de los derechos humanos. En ocasiones anteriores, se ha solicitado a la Corte IDH que se pronuncie sobre el alcance del poder de vigilancia del Estado en relación con el derecho a la intimidad². Sin embargo, los contornos particulares de este caso han permitido a la Corte IDH escribir un nuevo y relevante capítulo en su cadena de precedentes. La originalidad de la sentencia se reflejó en la mirada específica y profunda sobre los límites convencionales a los que están sujetos los servicios de inteligencia, derivados del reconocimiento, por primera vez, del derecho autónomo a la autodeterminación informativa y del derecho a defender los derechos humanos, así como de los *estándares* innovadores en relación con las prerrogativas que deben garantizar los Estados al ejercicio profesional de la abogacía y del periodismo.

6. El conjunto de hechos que conforman el presente caso está compuesto por una multiplicidad de episodios ocurridos a lo largo de las últimas décadas con decenas de víctimas, interconectados por los vínculos que tuvieron con el CAJAR. A diferencia de los casos usualmente analizados por el Tribunal, esta singularidad no permite una reconstrucción lineal de los hechos que motivaron a la Corte IDH a declarar responsable al Estado colombiano. Sin embargo, algunos incidentes ilustran claramente el nivel de violencia con el que vivieron las víctimas.

7. Una de ellas, por ser abogada y defensora de los derechos humanos, no sólo recibió constantes llamadas con amenazas de muerte, sino que fue perseguida y abordada por un vehículo con hombres que portaban ametralladoras, que incluso dispararon en su dirección. Por si fuera poco, recibió en su casa una caja que contenía una muñeca desfigurada, ensangrentada y con una cruz dibujada en el pecho. Junto a ella había una nota que decía: "Usted tiene una familia muy linda cuídela no la sacrifique". Los que la perseguían sabían que tenía una hija menor, y lo utilizaron como instrumento de terror³.

8. Ese *modus operandi* de ataques contra miembros del Colectivo y sus familiares se ha repetido innumerables veces. La hija de uno de los miembros del CAJAR fue abordada por hombres armados que la agredieron físicamente y se la llevaron a otro lugar. A su hijo le siguieron unos hombres en moto que golpearon su coche y simulaban que le disparaban. A sus hermanas les interceptaron los teléfonos y recibieron llamadas sospechosas preguntando por él. Este ambiente de miedo se veía reforzado por la situación de total inseguridad a la que estaban sometidos, que se hizo aún más patente en 2011, cuando la esposa de la víctima denunció haber recibido una llamada en la que se reproducía una conversación que había mantenido con su marido en el vehículo que les había cedido el Gobierno colombiano como medida de protección. El mensaje era claro: ni siquiera en los espacios supuestamente seguros eran inmunes a intromisiones indebidas⁴.

9. Paralela a las amenazas fue la vigilancia llevada a cabo por el servicio de inteligencia del Estado, sobre todo a través del Departamento Administrativo de Seguridad ("DAS"), organismo responsable de las actividades de inteligencia hasta su disolución en 2011. La variedad de métodos empleados era tan grande como la falta de límites a la intromisión en la vida privada de las víctimas. El DAS, por ejemplo, alquiló un apartamento frente a la casa de uno de los líderes del Colectivo, donde instaló un punto fijo de observación. Allí los agentes seguían cada paso de su

² Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

³ Sentencia, párrafos 229-241.

⁴ Sentencia, párrafos 196-203.

vida, desde que se despertaba hasta la rutina de sus hijos, rebuscando en su basura y haciéndole fotos a él y a su familia⁵ .

10. La interceptación telefónica y la captura de correos electrónicos se convirtieron en prácticas habituales, afectando a una parte sustancial de las víctimas⁶ . La inviolabilidad de las conversaciones de los abogados -tema sobre el que volveré más adelante- se trató como una formalidad desechable, ya que las comunicaciones internas intercambiadas entre los miembros del Colectivo y los documentos sobre los casos patrocinados por la organización fueron captadas y accedidas por las agencias de inteligencia.

11. La apertura de parte de los archivos del DAS puso en conocimiento del público documentos como el informe de actividades que contenía el organigrama del CAJAR, fotos de sus miembros, una descripción de sus funciones y notas con información recopilada en el curso de operaciones de inteligencia. El documento se titulaba "Brazo de apoyo jurídico y de guerra político-psicológica de las FARC"⁷ , que revela cómo el Colectivo y sus miembros eran vistos y tratados por el Estado. Datos personales amparados por el más alto grado de secreto, como la información bancaria, fueron de libre acceso y recopilados por el servicio secreto, involucrando estados financieros, registros de transferencias bancarias, certificados de inversión, salarios y aportes de seguridad social, sin ningún tipo de autorización judicial previa⁸ .

12. Las situaciones mencionadas son sólo una pequeña parte de un universo mucho más amplio de violaciones, que se reprodujeron en mayor o menor medida en relación con las demás víctimas. Estos ejemplos nos permiten identificar ciertos patrones de comportamiento estatal y agrupar los hechos del caso *CAJAR vs. Colombia* en tres grandes ejes de violaciones a los derechos humanos.

13. El primer eje se refiere a las amenazas y a la persecución sufridas por las víctimas con el fin de intimidarlas y disuadirlas de su labor profesional. Durante los últimos 30 años, los miembros del CAJAR han vivido bajo violencia y miedo constantes, promovidos por entidades paramilitares, agentes estatales y otros grupos que actuaban con la connivencia o la omisión del Estado. Las amenazas fueron transmitidas con brutalidad y sadismo y afectaron sin distinción a los miembros del Colectivo, sus hijos, cónyuges y demás seres queridos. Todo ello agravado por la situación de impunidad derivada de la falta de diligencia y eficacia en las investigaciones, que en su mayoría se limitaron a diligencias de carácter preliminar⁹.

14. El segundo se refiere a las actividades de inteligencia ilegales, clandestinas y arbitrarias llevadas a cabo por el Estado. A través del DAS, las fuerzas de seguridad colombianas vigilaron diariamente a las víctimas y a sus familiares, utilizando todo tipo de métodos como interceptación telefónica, vigilancia directa, recopilación de datos personales, toma de fotografías, entre otros. Aunque alcanzaron su punto álgido en el periodo comprendido entre 2003 y 2005 -durante la operación del denominado "Grupo Especial de Inteligencia 3" (G3)-, las operaciones de inteligencia se venían implementando desde la década de los noventa y persistieron tras la disolución del DAS. Hay constancia -y ello demuestra la gravedad de los hechos aquí examinados- de su continuación incluso durante la tramitación del presente caso ante el SIDH. La vigilancia, sin embargo, no se limitó a los miembros del Colectivo. Como se documenta en la Sentencia, el DAS tenía información sobre la Corte IDH y la CIDH, a las que consideraba campos de batalla en la "*guerra jurídica internacional contra*

⁵ Sentencia, párrs. 325-327.

⁶ Sentencia, párrs. 333-334.

⁷ Sentencia, párr. 342.

⁸ Sentencia, párr. 347.

⁹ Sentencia, párr. 394.

Colombia" e incluso señaló el posible despliegue de un agente secreto en Costa Rica¹⁰.

15. El tercer eje se refiere a las declaraciones estigmatizadoras de altos funcionarios del gobierno contra las víctimas. Además de las amenazas y de la vigilancia a las que eran sometidos diariamente, los miembros del CAJAR fueron objeto de una intensa campaña de desprestigio por parte de autoridades militares y gubernamentales, que los tildaron públicamente de "brazo legal" de grupos guerrilleros, terroristas, traidores a la patria, así como de otras expresiones despectivas.

16. Las conductas que integran esta tríada no pueden ser vistas como hechos aislados. Este conjunto de hechos confluye en la persecución sistemática y reiterada de las personas que integraban el CAJAR, motivada por el papel que desempeñaban en la lucha contra la impunidad y por la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado en el curso del enfrentamiento a personas y grupos considerados enemigos internos.

17. La trascendencia de la sentencia se aprecia en la clara comprensión de los múltiples efectos que esta constelación de hechos tuvo sobre las víctimas, en virtud de ostentar simultáneamente la condición de defensoras de derechos humanos y abogadas. Esta comprensión, a su vez, llevó a la Corte IDH no sólo a consolidar definitivamente su entendimiento sobre la exigibilidad del derecho a defender los derechos humanos, sino también a establecer, por primera vez, *estándares específicos para la protección del ejercicio profesional de la abogacía*.

18. Así, la sentencia, partiendo de la premisa de que los abogados desempeñan un papel esencial en la vigencia de las garantías fundamentales establecidas en la Convención, bajo su artículo 8.2, dispuso obligaciones en torno a la inviolabilidad de las comunicaciones entre el abogado y su representante. Con ello, mucho más allá de enunciar salvaguardas individuales a favor de los abogados, planteó una nueva vertiente de protección institucional del propio sistema judicial, que va de la mano de la larga historia de celo por la independencia funcional de magistrados, fiscales y otros ejes del Sistema de Justicia.

19. Este caso planteó retos considerables a la Corte IDH. El primero de ellos fue la dificultad para definir el número de víctimas, debido a la imposibilidad de conocer el alcance efectivo de las violaciones por la forma en que actuaba el Estado. Las operaciones de inteligencia se realizaban de forma confidencial y a menudo clandestina. A ello se añade la inaccesibilidad de los archivos de las organizaciones de inteligencia, que en un principio se mantuvieron en secreto y actualmente se encuentran en proceso de depuración. Esto ha impedido delimitar exhaustivamente el universo de personas afectadas por violaciones de los derechos humanos. Ante esta situación, la Corte IDH reconoció la aplicación del artículo 35.2 de su Reglamento, estableciendo relevante mecanismo para la incorporación *a posteriori* de nuevas víctimas.

20. La aplicación del dispositivo reglamentario se destacó en relación con la tradición jurisprudencial, que solía vincular la regla del art. 35.2 a casos de violaciones masivas¹¹, como masacres y expulsiones, basadas en el desconocimiento del paradero o la duda sobre la propia existencia física de las víctimas. Si bien la solución adoptada por la Sentencia sienta un importante precedente sobre la

¹⁰ Sentencia, párr. 336 y nota 396.

¹¹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

aplicabilidad de esta excepción reglamentaria en casos de violaciones de carácter colectivo, estableciendo nuevos caminos para la futura interpretación del art. 35.2, también debe ser leída de manera amplia, en el sentido de que, en el curso del proceso de depuración en los archivos estatales, cualquier miembro de la CAJAR o familiar que se revele como afectado también por actividades clandestinas de inteligencia deberá ser calificado como víctima y acceder a las reparaciones individuales de la Sentencia.

21. Como se verá en la primera parte de este voto, la Corte IDH también se enfrentó al dilema de si correspondía analizar la convencionalidad de la Ley 1621 de 2013, que regula las actividades de inteligencia ("Ley de Inteligencia"). El Estado, por su parte, se opuso a la revisión de la Ley, argumentando que, al hacerlo, la Corte IDH estaría realizando un control abstracto de convencionalidad. Estas alegaciones fueron correctamente superadas en la sentencia desde una doble perspectiva.

22. En primer lugar, como ha sido ampliamente documentado, las violaciones persistieron incluso después de la disolución del DAS en 2011, organismo encargado de realizar las operaciones de inteligencia, y tras el advenimiento de la Ley 1621 en 2013. Estas medidas no fueron suficientes para poner fin a la vigilancia y a la persecución clandestina de los miembros del CAJAR, situación que corrobora la desprotección de los derechos humanos en el marco jurídico vigente y justifica los remedios propuestos para su adecuación a la luz de las obligaciones derivadas del artículo 2 de la Convención. En segundo lugar, porque ni siquiera era necesario examinar si las violaciones continuaban o no, ya que la competencia de la Corte IDH para ejercer el control de convencionalidad no está vinculada a la aplicación o no del acto normativo que pueda resultar incompatible con la Convención, sino al mandato convencional de promover la reparación integral de las víctimas.

23. La segunda parte de este voto se centrará en el novedoso reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa, a partir del cual se trazaron los parámetros para analizar la convencionalidad de la Ley de Inteligencia llevada a cabo por el Corte IDH. Se trata de un avance fundamental, que desplaza el eje de protección que antes descansaba en el derecho a la vida privada hacia un concepto mucho más amplio de protección de la persona humana y de sus datos. En esa sección, también dejó para el futuro la pertinencia de reconocer el derecho fundamental a la integridad de los sistemas, fruto del desarrollo hermenéutico del derecho a la autodeterminación en consonancia con las necesidades derivadas de los avances tecnológicos de los tiempos actuales.

24. La sentencia también reveló su carácter inédito al consolidar la justiciabilidad del derecho a defender los derechos humanos. Aunque se trata de una garantía largamente mencionada en los precedentes de la Corte IDH, por primera vez fue reconocida como un derecho autónomo, del cual derivan deberes estatales que serán discutidos en la tercera parte de este voto.

25. Finalmente, la cuarta parte del voto estará dedicada a otra aportación fundamental de la Sentencia, materializada en el reconocimiento de las prerrogativas de protección especial de abogados y periodistas. El oportuno terreno ofrecido por las peculiaridades del caso, dado que las víctimas ejercían estas funciones, permitió a la Corte IDH pronunciarse sobre las garantías mínimas que deben amparar la actividad de estos profesionales, abriendo un importante camino para el futuro desarrollo de la jurisprudencia interamericana en la materia. Como explicaré con más detalle, la incorporación de estos estándares en la sentencia se enmarca en una larga tradición de garantía de la independencia del sistema judicial y de la labor de quienes actúan en la administración de la justicia, incluyendo magistrados, fiscales, funcionarios del poder judicial y, ahora, abogados.

II. Control de convencionalidad y garantías de no repetición en CAJAR vs. Colombia

26. La importancia de la sentencia en el caso *CAJAR vs. Colombia* deriva no sólo de la sensibilidad de la cuestión de fondo abordada o del reconocimiento de derechos autónomos. Destaca por la forma contundente con que la Corte IDH ejerció su deber, consagrado en el artículo 63.1 de la Convención, de proveer la *restitutio in integro* de la violación que le había sido sometida: otorgó garantías de no repetición comprometidas a resolver el estado de cosas que expresaba una violación estructural de los más preciados principios convencionales.

27. En este marco se inscribe el comando vocalizado en el Punto Resolutivo 35, que ordenó la adecuación de la Ley de Inteligencia de Colombia, Ley 1621 de 2013, conforme a los lineamientos precisados en los párrafos 671 a 683. Es importante en esta sección subrayar la capacidad de las normas de organización y procedimiento para ello; más aún, es importante aquí señalar que la Sentencia terminó brindando un primoroso ejemplo de un entendimiento jurídicamente adecuado del deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención) para controlar prácticas y omisiones inconventionales.

28. Al ratificar la Convención, los Estados "(...) se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción", en los términos del artículo 1.1 de la Convención¹². A esta "obligación de respetar los derechos" se une el "deber de adoptar disposiciones de derecho interno" contemplado en la redacción del artículo 2 de la Convención: "(...) los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

29. Se trata de un deber de adecuación del ordenamiento jurídico estatal a los principios interamericanos, que incluye leyes, actos y normas administrativas, decisiones judiciales y la Constitución¹³. Además de las especies normativas, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido testigo de situaciones de incumplimiento de derechos convencionales derivadas de prácticas estatales, en las cuales, al efectuar reparaciones tendientes a remediar las violaciones identificadas, el Tribunal reconoció que pueden encuadrarse en el ámbito material de protección de un derecho convencional, en combinación normativa con el artículo 2 de la Convención¹⁴.

30. Esta adaptación del ordenamiento jurídico interno al marco proporcionado por la Convención exige la supresión de las normas inconventionales, pero también requiere que los Estados se abstengan de producir leyes o actos normativos contrarios a los derechos humanos, incluida la prohibición de mantenerlos en vigor. Un ejemplo de ello es una norma de derecho interno que impone la pena de muerte

¹² Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹³ Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C No. 470; Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Córdoba vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505. Voto de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párrs. 15 y 16.

a quien cometa homicidio doloso, pena que se impone "automáticamente"¹⁵. Situaciones de esta naturaleza han sido habitualmente abordadas por la jurisdicción contenciosa cuando la Corte IDH ha examinado violaciones bajo el parámetro de los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales (Artículos 25 y 8), lo que normalmente implica una evaluación del papel desempeñado por una determinada disposición de derecho interno en el contexto de un proceso judicial¹⁶.

31. Es por ello que, en aras de la economía de significado, la Corte IDH suele mencionar, en ocasiones como las descritas anteriormente, que estaba examinando las circunstancias en las que se produjo la "aplicación" de la norma al caso. Esto nunca ha significado, sin embargo, que la existencia de una incidencia normativa ("aplicación") sea un requisito previo para el desarrollo de la competencia contenciosa de la Corte IDH¹⁷.

32. Este razonamiento se perpetuó con la reproducción irreflexiva de la afirmación proferida en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. En esa sentencia, la Corte IDH analizó hechos bien definidos: Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años, se dirigía a su casa cuando se encontró con un convoy de vehículos militares; al darles alcance, recibió varios disparos con armas de fuego, fue abandonado en la carretera y finalmente murió por shock de hipovolemia debido a la hemorragia provocada por los proyectiles.

33. Sin embargo, además de la falta de investigación y sanción de los responsables por parte del aparato estatal (violación de los artículos 8, 24 y 25), la presentación del caso ante la CIDH fue acompañada del argumento de que la existencia de un sistema de justicia militar viola en sí misma la Convención; Esta tesis, a su vez, sirvió de apoyo para solicitar a la Corte IDH que declarara la inconventionalidad de los Decretos 591 y 600 sobre justicia militar de Nicaragua, basándose precisamente en el artículo 2¹⁸.

34. El Estado se opuso a la petición de la Comisión: apreciar la validez de los Decretos 591 y 600 sería incompatible con el objeto y fin de la Convención, que no contempla la competencia contenciosa de la Corte IDH para emitir una verdadera opinión consultiva, que en los términos del artículo 64.2 sería iniciativa exclusiva del Gobierno¹⁹.

¹⁵ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 116.

¹⁶ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 207.

¹⁷ Como se señaló en el voto concurrente en el caso *Córdoba vs. Paraguay*: "Al fin y al cabo, la jurisprudencia sobre la violación del artículo 2 por la aplicación de leyes incompatibles con la Convención Americana no autoriza razonamientos que, de manera aislacionista, reduzcan la "aplicación" a la subsunción de una norma a un caso, en el curso de un proceso judicial. Dado que muchas de las sentencias que integran esta clase jurisprudencial fueron dictadas al examinar violaciones a las garantías judiciales y al debido proceso, es comprensible que la Corte, en muchas de ellas, no considerara necesario examinar una violación al artículo 2 cuando la ley nacional aplicada ya no estaba vigente. Pero no se puede confundir causa y efecto. El criterio realmente decisivo es la existencia de un daño causado por una conducta estatal (acción u omisión) y la necesidad de una reparación adecuada y completa (ya sea poniendo fin a un exceso o eliminando una protección insuficiente). Todo muy en línea con la postura tradicional de que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos". Corte IDH. *Caso Córdoba vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505. Voto de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 14.

¹⁸ Corte IDH. *Caso de Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30*, párr. 51.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 47.

35. Aunque por otras razones, la Corte IDH aceptó la excepción al considerar que, en efecto: "La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención"²⁰. A continuación, delimitó hasta qué punto podía aceptarse la excepción²¹:

De acuerdo con lo anterior, esta excepción presentada por el Gobierno es admisible únicamente respecto a la petición de la Comisión sobre compatibilidad en abstracto entre los Decretos 591 y 600 y la Convención, pero la competencia de la Corte respecto de los otros aspectos de la demanda queda inalterable en virtud de que esta cuestión es independiente de las restantes peticiones de la Comisión. Sin embargo, esta Corte se reserva la facultad de examinar en el fondo del asunto los efectos de la aplicación de los citados Decretos en relación con los derechos humanos protegidos por la Convención e involucrados en este caso.

36. Como se prometió en la parte final del extracto, se reservó una sección, al considerar el "fondo del asunto", para valorar "los efectos de su aplicación en relación con los derechos humanos protegidos por la Convención" relativos al caso²²:

En relación con el incumplimiento por parte del Gobierno del artículo 2 de la Convención Americana por la aplicación de los decretos Nos. 591 y 600, esta Corte manifestó que la jurisdicción militar no viola per se la Convención (...) y con respecto a la alegada aplicación de algunas de las disposiciones de dichos decretos que pudieren ser contrarias a la Convención, ya se determinó que en el presente caso no fueron aplicadas (...). En consecuencia, la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte.

37. Es esencial darse cuenta de que la Corte IDH nunca ha dicho, en *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, que el examen de las violaciones de la Convención, basado en el artículo 2, sólo puede llevarse a cabo si (y sólo si) una norma interna ha sido aplicada en un caso concreto sometido a su consideración; y que, si no fuera así, se trataría de una cuestión de control abstracto. En absoluto, no fue eso lo que sucedió.

38. Una lectura integral del caso en cuestión muestra que la Corte IDH se negó a controlar la convencionalidad de las disposiciones de los Decretos por la sencilla razón de que no guardaban relación con la violación examinada (la ejecución sumaria de un joven de 16 años por parte del Ejército de Nicaragua y las deficiencias que demostró el Estado para investigar el hecho, identificar a los responsables y finalmente sancionarlos). Así, al decir que "las disposiciones de los Decretos 591 y 600 no han sido aplicadas en este caso", la Corte IDH estaba expresando que este punto planteado por la Comisión estaba fuera del ámbito del proceso; es decir, no se relacionaba con la violación de derechos humanos bajo examen.

39. Publicada en 1995, la sentencia *Genie Lacayo vs. Nicaragua* se convirtió en una referencia constante: "la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte" (párrafo 91). La tesis puede utilizarse en todas aquellas situaciones en las que una violación de los

²⁰ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 50.

²¹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 51.

²² Corte IDH. *Caso de Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 91.

derechos humanos no vaya acompañada de una prueba inequívoca de que el Estado estaría aplicando tal o cual disposición legal.

40. La Corte IDH se dio cuenta rápidamente de que, si se invocaban aisladamente, los fragmentos de los párrafos 50 y 91 de *Genie Lacayo vs. Nicaragua* serían fuente de grandes malentendidos. Así, ya en 1997, en *Suárez Rosero vs. Ecuador*, cuando el Tribunal se enfrentó a una norma penal que excluía la posibilidad de libertad provisional para personas detenidas preventivamente por tráfico de drogas, tuvo que afirmar, gráficamente: "esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso"²³. Recurrir a la idea de una "violación *per se*" ciertamente expuso a la Corte IDH a una crítica posterior y previsible, en el sentido de que tal examen da lugar al control abstracto de convencionalidad. Pero una perspectiva de buena fe ha de convenir necesariamente en que la fórmula contenida en *Suárez Rosero vs. Ecuador* es un contrapunto a la tesis -nacida de una lectura errónea de *Genie Lacayo vs. Nicaragua*- de que el artículo 2 de la Convención sólo podría formar parte del parámetro de control, y por tanto inspirar medidas de reparación adecuadas, si va precedido de su "aplicación".

41. Por tanto, una lectura integral y contextualizada de *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, debidamente depurada de interpretaciones parciales de fragmentos aislados de la Sentencia, revela que la aplicación (en el sentido ordinario de la praxis jurídica) no es un requisito previo para atraer la competencia de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad.

42. Pero no es sólo la correcta interpretación del caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* la que muestra la incorrección de considerar la aplicación del derecho interno como requisito previo para la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte IDH. La tesis presenta contradicciones en sus propias premisas: si así fuera, la Corte IDH nunca podría reconocer una violación por *omisión* estatal.

43. En este sentido, en su jurisprudencia reiterada, la Corte IDH ha señalado que el incumplimiento del deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno se revela también por la ausencia o insuficiencia de regulación, ya sea a nivel legislativo²⁴, o a nivel administrativo²⁵. De hecho, en 1999, al examinar la legislación antiterrorista peruana, la Corte IDH ya era consciente de que el contenido normativo del artículo 2 puede exigir no exactamente la **supresión** de normas o prácticas estatales contrarias al Convenio, sino más bien la **adopción de** normas o prácticas:

"El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en **dos vertientes**. Por una parte, la **supresión** de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la **expedición** de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".²⁶

44. Al aludir al hecho de que el artículo 2 de la Convención puede exigir la *supresión o adopción de* normas y prácticas, en el extracto anterior del caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, la jurisprudencia de la Corte IDH se mueve, en cierta

²³ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98.

²⁴ Cómo es la omisión derivada de tipos inadecuados para sancionar actos de tortura: *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 207 y ss.

²⁵ Ejemplo de ello es la ausencia de un aparato estatal y de políticas públicas capaces de dotar a los órganos competentes de instrumentos propios para garantizar los derechos de los niños desaparecidos *Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 410.

²⁶ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

medida, dentro de un marco conceptual que guarda evidentes similitudes con la teoría general de los derechos fundamentales. Esta última, bajo la influencia de la dogmática constitucional alemana, parte de la premisa de que los derechos fundamentales manifiestan una dimensión subjetiva, en la que destaca el aspecto de la libertad del ciudadano frente al Estado, y una dimensión objetiva, anclada en el entendimiento de que tales normas encarnan estándares y valores indisponibles para el Estado²⁷. La primera, conocida desde el constitucionalismo liberal, se basa en una pretensión de abstención a favor del individuo, defendiéndolo de *intervenciones* que adoptan la forma de *acciones*. La segunda, en cambio, orienta la actuación de todos los poderes públicos y proporciona las herramientas necesarias para que, en determinadas situaciones, sea posible afirmar que existe un déficit de actuación estatal en la protección de un derecho (con independencia de que exista un titular subjetivamente identificable); con ello, se presta también a apoyar la adopción de medidas positivas, resultantes del cumplimiento del mandamiento de la prohibición de protección insuficiente²⁸. La dimensión objetiva -en su multifuncionalidad- refleja también el reconocimiento de que los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por omisión, al tiempo que proporciona los medios para combatirla²⁹.

45. La noción de dimensión *objetiva* se sitúa históricamente en el contexto de los esfuerzos doctrinales posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial, animados por el reto de crear un marco conceptual capaz de superar el relativismo de valores imperante en los nacionalismos; para ello, existe la noción de un orden objetivo de valores, irrevocable y anterior al Estado porque se basa en la humanidad³⁰. Sólo por esta razón, por su fuente, una idea de dimensión objetiva de los derechos humanos no podría ser ajena al derecho internacional; además, el referente transnacional de la humanidad no sería sino un marco tangible para una nueva forma de relación entre los ámbitos normativos nacional e internacional, que desde 1945 se ha caracterizado por la apertura mutua³¹. Diversas referencias conceptuales del Derecho internacional reflejan una imposición objetiva³², como las normas de *ius cogens*, que hacen tangible la existencia de un "orden *internacional* de valores" (*internationalen Wertordnung*) que es, al menos parcialmente, independiente de la voluntad de los Estados³³. También es el caso de los tratados de derechos humanos, en la insuperable lección de Cançado Trindade: "prescriben *obligaciones de naturaleza esencialmente objetiva*, que deben garantizarse o aplicarse colectivamente, y destacan el predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes"³⁴.

²⁷ JARASS, Hans D. "Grundrechte als Wertentscheidungen bsw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *Archiv des öffentlichen Rechts*. Vol. 110, n. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 1985, pp. 363-365.

²⁸ GRIMM, Dieter. "Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?". En: *Die Zukunft der Verfassung*. 2ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 221.

²⁹ PIÉROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 121.

³⁰ DÜRIG, Günter. "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde". *Archiv des öffentlichen Rechts*. Vol. 81, n. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1956, pp. 117-120.

³¹ PETERS, Anne. "Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse". *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Vol. 65. Cham: Springer Verlag, 2010, p. 22, refiriéndose al estado actual de la relación entre los ámbitos normativos nacional e internacional, en el que "la doctrina actual hace hincapié en la apertura mutua, así como en el *entrelazamiento* y la *interacción* del ordenamiento jurídico internacional con los ordenamientos jurídicos nacionales" (*Die heutige Lehre stellt die gegenseitige Öffnung sowie die Verzahnung und Interaktion der Völkerrechtsordnung mit den nationalen Rechtsordnungen in den Vordergrund*).

³² Que sea por razones coincidentes, concurrentes o diferentes, escapa a los límites (y a las fuerzas) de este voto concurrente.

³³ KNAUFF, Matthias. "Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht - Konvergenz oder Divergenz?". *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Vol. 68, N. 2. Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, p. 466.

³⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, pp. 30-31. Traducción nuestra.

46. Recordar la naturaleza objetiva de los tratados de derechos humanos ayuda a comprender por qué para la Corte IDH siempre ha sido muy natural entender que la obligación general de un Estado de adecuar su derecho interno a las normas convencionales, prevista en el artículo 2, puede inspirar la imposición de medidas de reparación con contenido de **no hacer** (*abstención*) o de **hacer** (*disposición*); la elección de una u otra sólo depende de si las violaciones de la Convención se originan en **acciones u omisiones**³⁵. En definitiva, la anatomía normativa del artículo 2 nos obliga a advertir que existe una relación intrínseca entre la *violación* (intervención) de la norma de derechos humanos y la *medida de reparación* adecuada para proceder a la *restitutio in integro* (artículo 63.1).

47. Cabe señalar que declarar la responsabilidad del Estado por una violación concreta sería un mero recurso retórico si no fuera acompañado de obligaciones concretas de reparar las violaciones sufridas. Los Estados están sujetos a responsabilidad por los daños que causan a los individuos; cualquier daño injusto da lugar a la obligación de reparar. De ello se deduce que la obligación de reparar forma parte del contenido mismo de la responsabilidad internacional³⁶.

48. La afortunada evolución del Derecho Internacional ha permitido establecer un concepto amplio de reparación, que incluye no sólo las medidas estrictamente dirigidas a restablecer la situación *ex ante* de la víctima del delito internacional, sino también aquellas que responden a la premisa de que la reparación integral exige que los Estados adopten las medidas adecuadas para evitar la repetición del daño. Esta formulación extensa del principio de *restitutio in integrum* ha sido aceptada por la Corte IDH al menos desde el caso *Garrido Baigorria vs. Argentina*, cuando el Tribunal enfatizó que "[l]a reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos"³⁷. En su sentencia sobre reparaciones en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH también enfatizó que³⁸:

85. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).

49. A pesar de su peculiar naturaleza en relación con otras medidas de reparación, es posible identificar los fundamentos jurídicos de las *medidas de no repetición* como un punto de convergencia de tres de las obligaciones generales de los Estados recogidas en la Convención: (i) el deber general de reparar, derivado del artículo 63.1; (ii) el deber de adecuar el orden interno, recogido en el artículo 2; y (iii) el deber de garantizar, expresado en forma del deber de prevención, derivado del artículo 1.1.

³⁵ Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373: "129. Esta Corte ha señalado que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad" entre los **actos u omisiones** y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Este control de convencionalidad debe realizarse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (énfasis añadido)

³⁶ D'ARGENT, Pierre. *Reparation, cessation, assurances and guarantees of non-repetition*. In: NOLLKAEMPER, André; PLAKOKEFALOS, Ilias. *Principles of Shared Responsibility in International Law An Appraisal of the State of the Art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 208

³⁷ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 41.

³⁸ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

50. Este orden de ideas animó el Voto concurrente que emití junto con los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el caso *Córdoba vs. Paraguay*³⁹, en el que se trató de resaltar la complementariedad entre el artículo 2 y el artículo 63.1 de la Convención al explicar por qué la jurisprudencia de la Corte IDH podría -como efectivamente lo hizo en el caso en cuestión- adoptar como medida de no repetición la determinación de que el Estado promulgue su propio marco legislativo para remediar la violación allí examinada⁴⁰:

12. En tales situaciones, la Corte ha considerado que la violación al artículo 2 de la Convención debe suponer necesariamente la aplicación de la norma o el impacto de sus efectos en el caso concreto contra la parte que acude a la jurisdicción interamericana, y es tal situación la que habilita al Tribunal emitir un pronunciamiento al respecto.

13. Ahora bien, este criterio no es absoluto y debe combinarse debidamente con lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, que a su vez no es sino una enunciación de la norma consuetudinaria internacional que indica que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño conlleva el deber de repararlo adecuadamente. Precisamente por ello, que, la Corte, en aras de asegurar una adecuada reparación de los derechos conculcados, ha flexibilizado la necesidad de aplicación de una norma en el caso concreto para establecer consecuencias en términos del artículo 2. En los Casos Gorioitía y Fernández Prieto y Tumbeiro, ambos contra Argentina, el Tribunal abordó la cuestión sobre diversas disposiciones legales que, al momento de resolverse los asuntos, ya no se encontraban vigentes. De modo que, el marco regulatorio a la fecha de resolución no había sido aplicado en los hechos sometidos a su jurisdicción. Sin embargo, la Corte estimó que subsistían los problemas de convencionalidad examinados en las normas que habían sustituido las aplicadas. De modo que emitió un pronunciamiento sobre el contenido normativo de las disposiciones vigentes por sus problemas de inconventionalidad. Dicha posición fue igualmente asumida en casos recientes sobre normas que autorizaban las detenciones arbitrarias o descripciones del tipo penal de violación sexual.

14. Al fin y al cabo, la jurisprudencia sobre la violación del artículo 2 por la aplicación de leyes incompatibles con la Convención Americana no autoriza razonamientos que, de manera aislacionista, reduzcan la "aplicación" a la subsunción de una norma a un caso, en el curso de un proceso judicial. Dado que muchas de las sentencias que integran esta clase jurisprudencial fueron dictadas al examinar violaciones a las garantías judiciales y al debido proceso, es comprensible que la Corte, en muchas de ellas, no considerara necesario examinar una violación al artículo 2 cuando la ley nacional aplicada ya no estaba vigente. Pero no se puede confundir causa y efecto. El criterio realmente decisivo es la existencia de un daño causado por una conducta estatal (acción u omisión) y la necesidad de una reparación adecuada y completa (ya sea poniendo fin a un exceso o eliminando una protección insuficiente). Todo muy en línea con la postura tradicional de que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Si no fuera así, la derogación de una disposición normativa o su declaración de inconstitucionalidad por un tribunal nacional serían causas suficientes para impedir que la jurisdicción interamericana analizara una violación del derecho internacional.

51. De hecho, ésta es la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Como afirmaron los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli en su opinión concurrente en el caso *Loayza Tamayo*, los amplios términos del artículo 63.1 "abren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones"⁴¹. Al otorgar a la Corte IDH la facultad de ordenar al Estado la

³⁹ Corte IDH. *Caso Córdoba vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505. Voto de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Córdoba vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de septiembre de 2023. Serie C No. 505. Voto de los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párrs. 12-14.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, voto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 5.

reparación de las "consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos", la redacción convencional huye de los términos clásicos y estrictos del derecho internacional, orientados por la idea de reparación del *daño* causado por un *acto ilícito*. Se trata de una concepción más amplia ("situación") y prospectiva ("consecuencias") del alcance de las obligaciones estatales, que permite a la Corte IDH, a la hora de formular las reparaciones, contemplar también la proyección futura de los elementos que dieron lugar a la violación de los derechos humanos.

52. Fue también la prudente mirada del juez Cançado Trindade la que situó el espíritu y fundamento de las garantías de no repetición en el principio de prevención, con independencia de que la norma *sub examine* se aplique o no al caso concreto⁴². Para él, este es el fundamento de la responsabilidad objetiva de los Estados, que les obliga a eliminar cualquier elemento que suponga un riesgo para los derechos humanos en su ordenamiento jurídico, "sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional".⁴³

53. En esta línea, las garantías de no repetición son una expresión del deber de prevención del Estado, materializado en forma de obligación de reparación. Aunque parten del supuesto de que la violación ya se ha producido -y, por tanto, de que ya se ha incumplido el deber primario de prevención-, tienen por objeto evitar que se repita, lo que ilustra su dimensión eminentemente preventiva.

54. Al fin y al cabo, se trata de garantizar de forma óptima la precedencia normativa de la dignidad de la persona humana. Con este fin, la comunidad internacional de naciones decidió crear órganos de supervisión y control⁴⁴. Y tiene toda la razón María Carmelina Londoño Lázaro cuando señala que, además de conjugar los deberes de prevención y reparación, es también en los principios *pro homine* y *effet utile* donde se encuentran los fundamentos convencionales de las garantías de no repetición⁴⁵, de los que deriva la obligación de forjar las mejores condiciones para la protección de los derechos humanos, lo que implica el compromiso de adoptar una interpretación que asegure la máxima eficacia de la Convención.

55. El control de convencionalidad se inscribe plenamente en este marco de ideas. Su ejercicio por la Corte IDH no es una mera potestad declarativa. El lema que lleva al Tribunal a examinar la compatibilidad de leyes y actos normativos con la Convención, en el curso de los casos contenciosos que le son sometidos, es la elaboración de un conjunto de medidas comprometidas con la reparación integral, tal y como exige el principio *pro homine*, que articula una relación entre el derecho interno y el derecho internacional marcada por la lógica de la *primacía*⁴⁶.

⁴² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

⁴³ Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46, Voto del Juez Cançado Trindade, párrafo 22.

⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional". En: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego (eds.) *Formación y Perspectivas del Estado en México*. Ciudad de México: UNAM; El Colegio Nacional, 2010, p. 159.

⁴⁵ LÁZARO, María C. Londoño. *Las Garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2014, p. 71 y 141.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018)". In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 73, jul./dez., 2018, p. 115: "Desvincilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas".

56. Para garantizar esta primacía de la norma más favorable al ser humano, la Corte IDH utiliza la técnica del "control de convencionalidad", así nombrada por primera vez en el voto particular del fallecido magistrado Sergio García Ramírez⁴⁷ en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003)⁴⁸. Posteriormente, en el caso *Tibi vs. Ecuador* (2004)⁴⁹, el magistrado delimitó los contornos del concepto con las siguientes palabras:

Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

57. La terminología se consolidó en el paradigmático caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006)⁵⁰, en el que la Corte IDH afirmó que el ejercicio del control de convencionalidad debe ser realizado primordialmente por los propios Estados, entendidos correctamente como los "garantes del sistema interamericano de derechos humanos"⁵¹. Los Estados se encuentran en la primera línea de defensa de los derechos humanos; también es su deber garantizar la primacía de la norma más favorable a las víctimas, lo que ciertamente puede exigir la aplicación de la Convención en detrimento de estándares normativos nacionales menos protectores.

58. Es un deber del Estado en su conjunto y, por tanto, de todos sus poderes y órganos. En varias ocasiones, la Corte IDH ha reconocido que los jueces y todos los niveles del poder judicial están facultados para ejercer *de oficio* el control de convencionalidad⁵². No sólo eso, sino que todos los poderes públicos deben comprometerse con la protección integral de los derechos humanos⁵³. En cualquier caso, lo fundamental es tener presente "*la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa*"⁵⁴, como acertadamente ha señalado el Juez Cañado Trindade.

⁴⁷ Deseo expresar mi profundo pesar por el fallecimiento del juez Sergio García Ramírez, ocurrido el 10 de enero de 2024. El juez dejó un legado notable durante su permanencia en la Corte, convirtiéndose en referencia obligatoria y piedra angular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al ilustrar el papel que desempeñó el juez García Ramírez en el desarrollo de la doctrina interamericana del control de convencionalidad, los votos aquí citados son sólo una pequeña muestra de sus contribuciones fundamentales a la protección de los derechos humanos.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto del Juez García Ramírez, párr. 27.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Tibi contra Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto del Juez García Ramírez, párr. 3.

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

⁵¹ "(...) Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos". Cf. Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto del Juez García Ramírez, par. 5.

⁵² Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

⁵³ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

⁵⁴ "La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, a contrario sensu, tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales -particularmente las de excepción - que no se conformen con sus estándares de protección". Cf. Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Interpretación de la Sentencia

59. Por lo tanto, el término "control", en el contexto en cuestión, por un lado, se refiere a la "obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales"⁵⁵. Por otro lado, también sacraliza a la Corte IDH como auténtica y última responsable de la interpretación y control de la aplicación de la Convención. Y en coherencia con el principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional, esta responsabilidad sólo se activa en el caso de que el control interno de convencionalidad resulte inexistente o precario. En tales casos, corresponde a la Corte IDH comparar la realidad nacional con las normas convencionales⁵⁶. Al medir la gravedad de las violaciones (porque el Estado ha incumplido su deber de garantizar la Convención), el Tribunal se convierte también en responsable de establecer medidas de reparación encaminadas a la reparación integral de las víctimas, sobre todo a través de medidas de no repetición.

60. Llama la atención la actualidad de la perspectiva adoptada por la Corte IDH, en sintonía con la metodología jurídica contemporánea, que se aleja conscientemente de la lógica jerárquica que caracteriza al derecho constitucional interno para abrazar una lógica *policéntrica* a la hora de compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional *vis-a-vis* con las normas internacionales⁵⁷. A la luz de esto último, la doctrina de las fuentes del derecho no apuesta por asegurar invariablemente la incidencia de normas pertenecientes a un determinado estándar normativo, sino por considerar los "efectos recíprocos" que ya existen entre diversos tipos de normatividad, lo que implica (entre otras cosas) el desarrollo de herramientas conceptuales que fomenten la integración entre el derecho nacional y el derecho internacional público⁵⁸. El principio *del effet utile* es una de esas herramientas.

61. Los tratados de derechos humanos "no se interpretan a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, sino persiguiendo el fin último de proteger los derechos fundamentales del ser humano"⁵⁹. Para alcanzar este fin -la realización del principio *pro homine*- es necesario adoptar una postura metodológica, en la interpretación o adjudicación de los derechos humanos, que apueste por su máxima eficacia protectora. El principio de *effet utile* proporciona precisamente eso, un medio para garantizar la primacía de la cláusula *pro homine*; su utilidad no está dissociada de una notable capacidad para identificar bloqueos prácticos y operativos al pleno disfrute de los derechos humanos⁶⁰. El diagnóstico correcto de la cuestión subyacente es un requisito previo para la adopción de medidas de no repetición convencionalmente adecuadas.

de Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997. Serie C No. 46. Voto del Juez Cançado Trindade, párr. 14.

⁵⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios constitucionales*, v. 9, n. 2, 2011, p. 535.

⁵⁶ "La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -jamás lo ha hecho-, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno." Cf. Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto del Juez García Ramírez, párr. 6.

⁵⁷ TEUBNER, Gunter; FISHER-LESCANO, Andreas. "Regime-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law". En: Michigan Journal of International Law. Vol. 25, N. 4, 2004, p. 1.033.

⁵⁸ RUFFERT, Matthias. "Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts". En: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (eds.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Vol. 1. Munich: C.H. Beck, 2006, Rn. 8.

⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 30. Traducción nuestra.

⁶⁰ RUFFERT, Matthias. "Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts". En: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard; VOßKUHLE, Andreas (eds.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Vol. 1. Munich: C.H. Beck, 2006, Rn. 105.

62. En la sentencia dictada en este caso, esto es exactamente lo que ocurrió. Imbuida de un propósito *pro homine*, la Corte IDH identificó una estructura que sistemáticamente produjo violaciones a los derechos convencionales, de las cuales fueron víctimas los miembros del CAJAR. Como expliqué al comienzo, el uso irregular de actividades de inteligencia contra miembros del CAJAR comenzó en la década de 1990 y ha durado más de 30 años, con efectos hasta el presente. Durante la mayor parte de estas tres décadas, el Estado colombiano no ha sido capaz de establecer un marco legislativo capaz de poner límites efectivos a las actividades de sus organismos de inteligencia. El intento de llenar este vacío llegó en 2013 con la promulgación de la Ley 1621.

63. La Ley se compone de normas de diversas características, especialmente disposiciones que delegan poderes a los agentes del Estado. En este sentido, cuenta con artículos que establecen definiciones, objetivos y principios generales (artículos 1 a 5); artículos que prescriben planes y procedimientos, como el *Plan Nacional de Inteligencia* (art. 8); artículos que crean órganos de dirección y supervisión (arts. 12 y 13), que crean la Junta de *Inteligencia Conjunta* y regulan el trabajo de la *Comisión Legal de Seguimiento de las Actividades de Inteligencia* (arts. 20 a 26); artículos que tratan de la gestión de los datos de inteligencia (arts. 28 a 31); y artículos que tratan de la reserva legal de los documentos de inteligencia (arts. 33 a 39).

64. Cabe señalar, por lo tanto, que la mayoría de estas disposiciones no tiene como objetivo principal crear, modificar o restringir derechos, ni estipulan comportamientos o deberes para los civiles. Determinan, desde un punto de vista institucional, cómo debe operar el servicio de inteligencia. En un caso concreto, sus efectos sobre los derechos individuales no pueden captarse adecuadamente bajo una lógica de "aplicación" de la norma a los individuos. Una legislación de esta naturaleza, como la Ley de Inteligencia, requiere un análisis cuidadoso basado en los límites que deben establecerse al poder del Estado para interferir en los derechos y garantías de los ciudadanos. Por un lado, es necesario indagar si la ley ofrece suficientes garantías de protección de los derechos que pueden verse afectados por la actividad regulada y, por otro, si presenta lagunas y omisiones en este sentido.

65. Si esta premisa es válida en relación con la regulación de los servicios ordinarios de la Administración pública, es aún más relevante cuando se trata de función que, por su propia naturaleza, presupone una aguda intervención en el ámbito privado de los particulares, como es el caso de los servicios de inteligencia. Esto se debe a que se trata de una tarea que, en su esencia y en su *modus operandi*, implica la obtención de datos o información sin la autorización o el conocimiento del interesado. Si no hay límites legales claros para ello, se deja al arbitrio individual del agente estatal definir el alcance de sus facultades de intromisión en la vida íntima de los demás. Y, de hecho, lo que se comprobó en abundancia fue que estos límites eran inexistentes en sus efectos prácticos.

66. Este escenario revela, por lo tanto, una violación estructural plagada de omisiones legislativas, deficiencias normativas, un alto grado de informalidad en la actividad de inteligencia y un control institucional casi inexistente. El restablecimiento de este estado de cosas requería medidas tan estructurales como la violación analizada. Una mirada atenta al *effet utile* de la Convención fue el tamiz que condujo a la Corte IDH a las garantías de no repetición adoptadas, que destacan por invertir en reglas de organización y procedimiento.

67. Así, debe repetirse, los supuestos que llevaron a la necesidad de realizar un escrutinio completo y detallado de la Ley de Inteligencia colombiana nunca fueron un fin en sí mismos, sino que su propósito primordial era reparar integralmente y

proponer medios eficaces para garantizar que la violación no se repitiera. Y, bajo esta directriz, lo que se encontró en la regulación de los servicios de inteligencia en Colombia durante el marco temporal del caso fue que las deficiencias institucionales propiciaron un ambiente de absoluta libertad para que los agentes actuaran con amplia discrecionalidad en relación con las víctimas. Por lo tanto, dadas las lagunas de protección en el texto legal en relación con la salvaguarda de los derechos humanos, no podría la Corte IDH concebir un conjunto adecuado de reparaciones bajo la premisa de no repetición sin una mirada cuidadosa a la Ley de Inteligencia.

68. De allí que el nexo causal entre la norma inconstitucional y el daño causado, que da origen a la obligación de reparar radica principalmente en la persistencia de las violaciones. La sentencia con la que coincido registra numerosos episodios que dan cuenta de que el advenimiento de la Ley 1621 en 2013 no fue suficiente para frenar el *modus operandi* de menoscabo sistemático de los derechos humanos en el marco de las actividades de inteligencia. Si bien es difícil afirmar que hubo un alivio en la vigilancia de los miembros del CAJAR durante la década de 2010, la reducción del espionaje, si es que se produjo, parece atribuible más a la eliminación del DAS en 2011 que a la promulgación de un marco normativo que, más allá de vagas directrices, poco tiene que ver con la protección de los derechos humanos.

69. Dos años después de la promulgación de la Ley de Inteligencia, en 2015, el presidente del CAJAR envió una carta al presidente de la República en la que pedía medidas efectivas para que los organismos de inteligencia pusieran fin a sus actividades contra los miembros del Colectivo. En su carta, enumera diversos actos de hostigamiento, vigilancia, interceptación de comunicaciones y toma de fotografías llevados a cabo por agentes de la policía y de las fuerzas armadas vinculados a los servicios de inteligencia. Informa, por ejemplo, de que:

varios de los y las integrantes del Colectivo de Abogados nos hemos percatado nuevamente de que nuestras líneas telefónicas y de comunicación están siendo intervenidas, toda vez que se han presentado irregularidades con la comunicación como por ejemplo cruce de llamadas o mensajes en nuestras aplicaciones que no hemos manifestado ni enviado⁶¹.

70. Allí se dejó constancia de cómo, en el ejercicio de actividades profesionales ordinarias, los miembros del CAJAR aún en 2015 convivían con la presencia constante de agentes de inteligencia que los seguían y vigilaban. La Sentencia también hace referencia a una serie de informes periodísticos publicados en 2020 en los que se detallaba el espionaje constante al que eran sometidos los abogados del CAJAR. Según los reportajes, las autoridades recibían informes, grabaciones, fotos y filmaciones recogidas irregularmente por agentes secretos⁶², que permitirían elaborar perfiles de personas consideradas sospechosas.

71. Los métodos de vigilancia han demostrado ser aún más sofisticados cuando se llevan al ámbito digital. Un claro ejemplo de la insuficiencia de los mecanismos legales para frenar las operaciones arbitrarias se encuentra en los llamados *Batallones de Ciberinteligencia del Ejército Nacional de Colombia*. Como se reconoce en la Sentencia, en 2020, la *Procuraduría General de la Nación* tuvo acceso a archivos obtenidos en instalaciones militares que registraban información recolectada sobre miembros del Colectivo⁶³. En sus investigaciones, la Procuraduría reconoció, por ejemplo, que el abogado Sebastián Uribe había sido objeto de "seguimientos informáticos" por parte del Ejército⁶⁴. En otras palabras, aún en el marco de la Ley

⁶¹ Comunicación de 23 de febrero de 2015 dirigida al Presidente de la República (expediente de prueba, folios 6771 a 6776).

⁶² Sentencia, párr. 357.

⁶³ Sentencia, párr. 365.

⁶⁴ Radicado No. 20201600017221 de la fiscalía general de la República (expediente de prueba, Folio 27989).

1621/2013, el Estado colombiano ha organizado un nuevo aparato estructurado para captar datos, rastrear y perfilar indiscriminadamente a periodistas, abogados y defensores de derechos humanos, incluso a través de nuevas técnicas, especialmente en materia de vigilancia digital.

72. Evidentemente, las actividades de inteligencia no se limitaron a los miembros del Colectivo. Los representantes de las víctimas proporcionaron dos ejemplos que retratan la magnitud de las operaciones llevadas a cabo en la década de 2010: el primer ejemplo se refería a la *Operación Andrómeda*, que tenía el propósito de monitorear los diálogos de paz entre el Estado colombiano y las FARC, y el segundo se refería a la recopilación de más de 500 correos electrónicos de periodistas, funcionarios diplomáticos y miembros de organizaciones internacionales en posesión del Centro de Inteligencia Militar del Ejército, ambos en 2014⁶⁵. Estos incidentes están fuera del alcance de este caso, pero ilustran la naturaleza y magnitud de las actividades que han persistido bajo las normas vigentes hoy en día.

73. Estos episodios no fueron aislados ni puntuales, ni se trató de situaciones excepcionales que pudieran haber escapado al control institucional. No cabe duda de que se está ante un protocolo deliberado de actuación irregular que revela, más que lagunas puntuales en la legislación, un preocupante escenario de déficit estructural de protección de los derechos humanos en los ámbitos legislativo e institucional del Estado colombiano.

74. En definitiva, la Corte IDH se enfrentó a un contexto de violaciones sistemáticas que se repiten indefinidamente desde hace más de tres décadas y que exigen respuestas efectivas y comprometidas con la primacía de los derechos humanos. La Ley 1621, tal como fue redactada, demostró ser un obstáculo para la garantía de no repetición. En otras palabras, el principio de reparación integral, canon de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, no se vería plenamente satisfecho si el Tribunal dejaba pasar la ley sin atenderla, porque el marco institucional que permitió la persistencia de las violaciones seguiría inalterado.

75. En este espíritu, la Sentencia establece 11 medidas principales que deben ser observadas por el Estado en el proceso de adaptación de la Ley de Inteligencia. Aunque no aparecen en los puntos resolutivos, los parámetros que deben guiar la reforma legislativa están clara y expresamente descritos en los párrafos 671 a 694 de la Sentencia y resumidos en la nota 868, en los siguientes términos:

La Corte considera que la adecuación normativa de la Ley estatutaria 1621 de 2013, para los efectos de asegurar su compatibilidad con los estándares convencionales, debería incluir los elementos siguientes:

a) la identificación de los distintos tipos de medidas y acciones de obtención y recopilación de información autorizadas en materia de inteligencia; los objetivos perseguidos con tales medidas; las clases de personas y actividades respecto de las cuales se permite obtener y recopilar información, en función, claro está, de la identificación de amenazas para la realización de los fines legítimos identificados; el grado de sospecha que puede justificar la obtención y recopilación de información; los plazos dentro de los cuales se permite el empleo de las citadas medidas y estrategias, y los métodos útiles para actualizar, supervisar y examinar las medidas y acciones empleadas para obtener y recopilar información;

b) la necesidad de control judicial previo para adelantar técnicas o acciones de vigilancia en relación con personas determinadas para el acceso a bases de datos y sistemas de información no públicos que almacenen o procesen datos personales, y para llevar a cabo medidas invasivas de recopilación de información;

⁶⁵ Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas, CAJAR/CEJIL, párr. 136.

c) la formalización, por medio de procesos numerados, de las actividades de inteligencia con el debido registro de todas sus etapas, incluido el historial de registros de acceso a los sistemas electrónicos;

d) en el caso del procesamiento de datos personales, el mantenimiento de un registro que identifique a los responsables de dicho procesamiento; los propósitos para el procesamiento de la información recopilada, indicando el origen y categoría de los datos; la base jurídica de las operaciones realizadas; los plazos de conservación, y las técnicas utilizadas para su tratamiento; asimismo, registros cronológicos de acceso, alteración, consulta, eliminación o divulgación de datos personales, y de las personas que hayan accedido a estos;

e) la previsión de que la obtención de información en poder de entidades públicas y privadas y la eventual suscripción de convenios interinstitucionales para tales efectos debe estar determinada por la consecución de un fin legítimo definido legalmente, la definición de las personas responsables y el establecimiento de periodos de validez;

f) la adaptación de la regulación sobre las "actividades de monitoreo del espectro electromagnético", en el sentido de prever una definición de las actividades permitidas, el tipo de información que se puede obtener y el control judicial previo necesario para el monitoreo y técnicas de vigilancia de las comunicaciones, selectivas o de gran escala, incluida la vigilancia del espectro electromagnético – con la eventual salvedad referida en el párr. 677–;

g) respecto de la Comisión Legal de Seguimiento a las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia, debería preverse que los informes que las autoridades obligadas rindan a dicho órgano incluyan los elementos indispensables para llevar a cabo las tareas de fiscalización, y que en caso de advertir anomalías o irregularidades, la Comisión informe a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, según corresponda;

h) en cuanto a la Junta de Inteligencia Conjunta, la regulación debería establecer las condiciones y los fines que habilitan el intercambio de información y las salvaguardas aplicables para garantizar la seguridad de la información;

i) la delimitación de la aplicación de la "reserva legal" a los "documentos, información y elementos técnicos" en poder de los organismos de inteligencia, en el sentido de especificar las categorías de información que pueden someterse a la reserva y prever la observancia de las exigencias del principio de proporcionalidad en cada caso concreto;

j) respecto del período de la "reserva legal", resultaría necesario privilegiar el plazo máximo de reserva de 15 años, improrrogables, conforme a lo dispuesto en la Ley 1712 de 2014; el Tribunal considera que, en tanto se realice la adecuación normativa, deberá interpretarse la normativa en el sentido de hacer prevalecer el citado plazo de 15 años, y

k) la regulación de que sea una institución independiente de supervisión la que verifique lo relativo a la gestión y conservación de la información y los datos de carácter personal en poder de los organismos de inteligencia.

76. Creo que estas garantías de no repetición reflejan el que quizá sea un de los mayores legados, en el plan metodológico, de la Sentencia: la valoración de la dimensión organizativa y procedimental en la reparación de las prácticas administrativas y de las omisiones legislativas estructuralmente experimentadas por un Estado. Al hacerlo, ha dilucidado una vez más que los contornos de la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención) tienen una correlación intrínseca con la reparación que la Corte IDH debe adoptar ante una violación de derechos sometida a su escrutinio (artículo 63.1).

77. Finalmente, debe señalarse que estas medidas, en su contenido e inspiración, son tributarias del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa plasmado en la Sentencia, fuente de la cual se derivaron los lineamientos cuya

aplicación orientó la propuesta de reforma al aparato legislativo que regula las actividades de inteligencia en Colombia, tema al que dedicaré el siguiente apartado.

III. Fundamentos y dimensiones del derecho a la autodeterminación informativa

78. El reconocimiento de la Corte IDH del derecho a la autodeterminación informativa en el caso CAJAR tiene raíces tan profundas como los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional alemán en su paradigmática decisión de 1983, cuando se acuñó el concepto⁶⁶. No se trata de un caso de *fiat* jurisprudencial que encontró, en el caso concreto, la oportunidad perfecta para actualizar el vocabulario interamericano a la jerga utilizada desde hace tiempo en la materia. El reconocimiento de este derecho es producto de una lectura integral, sistemática y evolutiva de los preceptos fundamentales consagrados en la Convención.

79. Es cierto que la cuestión de la protección de datos ha cobrado relevancia, especialmente en las últimas décadas, con la aparición de nuevas tecnologías y la globalización de las redes de comunicación. Este tipo de consideraciones fácticas ayudan a determinar las formas necesarias de proteger a la persona humana en los contextos sociales más diversos⁶⁷ y los métodos de interpretación de los tratados de derechos humanos deben tener siempre en cuenta esta evolución. En este sentido, puede decirse que la relevancia de la autodeterminación informativa es especialmente visible en las sociedades contemporáneas, que incurrir en mayores riesgos para este derecho debido al uso generalizado de instrumentos capaces de recopilar, compartir y difundir información sobre las multitudes de forma altamente eficiente.

80. Sin embargo, calificar un derecho como "derecho humano" no es un simple movimiento reflexivo ante circunstancias sociales particulares, como el nivel de desarrollo tecnológico de una sociedad. Los derechos humanos protegen intereses humanos esenciales que trascienden formas específicas de organización social.

81. Así pues, la relevancia de la autodeterminación informativa *per se* está vinculada a intereses fundamentales que van más allá de cualquier tecnología específica existente. Está inscrita en la matriz perenne de los derechos humanos y no es un mero reflejo de cambios tecnológicos contingentes. El caso CAJAR lo demuestra claramente, dadas las violaciones sufridas por las víctimas incluso antes de la popularización de plataformas y dispositivos como las redes sociales y *los smartphones*, cuyas funcionalidades aumentan los riesgos y están hoy en el centro de los debates sobre la protección de datos. La inexistencia de estas tecnologías en el momento inicial de los hechos, sin embargo, no compromete la exigibilidad de este derecho ni la gravedad de los daños constatados.

82. La sentencia del caso CAJAR se inspira en la premisa utilizada por el Tribunal Constitucional alemán de que la autodeterminación informativa es una extensión de la protección de la dignidad de la persona humana⁶⁸. La conexión entre dignidad y autodeterminación informativa se establece en la idea de que cada individuo debe tener la facultad de elegir y perseguir lo que considere un proyecto de vida valioso.

⁶⁶ Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 65, 1-71 (Volkszählungsgesetz) (1983). Disponible en: https://www.bverfg.de/e/rs19831215_1bvr020983.html.

⁶⁷ Véase GRIFFIN, James. *On human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 38.

⁶⁸ Sentencia, párrs. 568-570.

Concepto muy familiar a la tradición jurisprudencial de la Corte IDH, encarna la "realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas"⁶⁹. De hecho, en el sistema interamericano, la importancia de los proyectos de vida no sólo subyace a muchas de las medidas de reparación impuestas por la Corte IDH, sino que es parte integrante de la noción misma de dignidad humana. En palabras del juez Cançado Trindade, "en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas [...] para alcanzar la realización de sus ideales", o que implica que "la búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda [...] un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno"⁷⁰.

83. Tener dignidad implica, por tanto, tener control sobre uno mismo, en particular, y como mínimo, elegir y, cuando uno lo considere oportuno, revisar lo que considera que es una vida digna de ser vivida y responder en consecuencia. Por tanto, hablamos del valor de "agencia", "autonomía" o "autodeterminación"⁷¹ como parte esencial de la dignidad de la persona humana. Cuando se obstaculiza injusta o arbitrariamente la facultad de elección de alguien o la realización de su proyecto de vida -lo que ocurre cuando se violan los derechos humanos-, esta capacidad de autodeterminación se ve gravemente menoscabada. En tales casos, se priva a la persona humana de los medios para controlarse a sí misma en relación con el proyecto de vida que desea y, en consecuencia, se pisotea su dignidad⁷².

84. El control que cada uno tiene sobre sus propios datos personales es una condición necesaria para poder elegir y llevar a cabo proyectos de vida. La información relativa a las aspiraciones personales, gustos, preferencias, opiniones, relaciones, contactos, lugares frecuentados etc. es crucial tanto para deliberar sobre lo que los individuos quieren para su vida como para las acciones que emprenden para realizar efectivamente sus proyectos.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, par. 314. Ver también, Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, par. 147-148; Corte IDH. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, par. 285.

⁷⁰ Voto del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, párr. 3. 3. Ver también, en este sentido, el voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y de la Jueza Nancy Hernández López en el caso *Álvarez vs. Argentina*, párr. 7. 7: "A lo largo de los años, la Corte ha avanzado en su jurisprudencia en el sentido de considerar que una vida digna, que valga la pena vivir, implica la protección de la vida no solamente orgánica o biológica, sino el derecho de vivir con dignidad, incluso, con la posibilidad de desarrollar *proyectos de vida*, con un sentido de autonomía, integralidad de la vida humana y propósito de existencia."

⁷¹ Véase GRIFFIN, James. *Op. cit.*, cap. 8.

⁷² A. A. Cançado Trindade también demuestra, en su sentencia en el caso *La Cantuta vs. Perú*, que la noción de "personalidad" del individuo está vinculada, por un lado, a la dignidad humana y, por otro, a la noción de proyecto de vida. El concepto de persona humana como titular de derechos, dice el célebre juez, se construye, en derecho internacional, sobre el principio del respeto de la dignidad humana (párrafo 30). Este principio sustenta el *estatuto fundamental de la persona humana* en el derecho internacional, sin el cual no pueden entenderse los derechos humanos que se le atribuyen. Además, la idea de la persona humana como sujeto de derechos, dotada de personalidad, ya contiene en sí el germen de la autodeterminación en relación con la elección y realización de proyectos de vida. Según Cançado Trindade, "[l]a condición de *sujeto* afirma la autonomía de cada ser humano, que pasa a relacionarse con los demás y con su medio social guiado por su conciencia. En esta última, cada sujeto humano encuentra su autoafirmación y construye su proyecto de vida, para buscar realizar sus aspiraciones durante su vida" (párr. 22) (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, voto del Juez Cançado Trindade). En mi opinión, estas consideraciones representan los primeros esbozos de una traducción al léxico interamericano de la noción de libre desarrollo de la personalidad movilizadas por el Tribunal Constitucional alemán.

85. Los sucesos acaecidos a los miembros del CAJAR ilustran perfectamente la importancia de los datos personales para los proyectos de vida. Es innegable que una parte esencial de sus vidas giraba en torno a la defensa de los derechos humanos. Era una actividad que impregnaba de sentido sus vidas. Sin embargo, no sería posible para estas personas reafirmar y proseguir sus proyectos de vida si, día tras día y durante décadas, una profusión de datos sobre sus domicilios, sus familias, sus clientes y sus actividades profesionales fueran recogidos, almacenados y procesados por los servicios de inteligencia del DAS precisamente con el objetivo de sabotear su labor en favor de los derechos humanos.

86. Cuando una persona pierde el control de la información sobre sí misma, su capacidad para vivir realmente la vida que ha elegido se vuelve incierta, sobre todo si pasa a manos de otros con métodos e intenciones turbios. Como consecuencia, el sujeto puede encontrar dificultades en la afirmación de su proyecto de vida, inhibido por el posible juicio negativo de quienes puedan estar en posesión de la información que refleja sus orientaciones existenciales. En casos extremos, que van más allá de la mera inhibición, cualquier uso indebido de los datos por parte de terceros puede conducir a una verdadera manipulación del individuo, influyendo significativamente (e incluso alterando) sus opiniones, gustos, preferencias y aspiraciones sin que se dé cuenta de ello o, aunque lo haga, sin poder tomar decisiones de otro modo.

87. Uno de los presupuestos más importantes para el surgimiento del derecho a la autodeterminación informativa, tal y como se construyó en la decisión de 1983 del Tribunal Constitucional alemán, fue el proceso evolutivo de autonomización de este derecho en relación con el derecho a la vida privada, que encuentra sus raíces en la mencionada decisión.

88. Tradicionalmente, el *derecho a la intimidad* tenía como núcleo de su protección jurídica el derecho a ser dejado *en paz* -el *derecho a ser dejado en paz*, señalado por primera vez en el artículo *The right to privacy*, de Samuel Warren y Louis Brandeis, publicado en la *Harvard Law Review* en 1890-, que establecía la prerrogativa del individuo a estar a salvo de injerencias ajenas. En la práctica, lo que normatizó el contenido del derecho a la intimidad en su concepción tradicional, de carácter individualista y vinculada al planteamiento formal de un derecho negativo de no intervención, fue precisamente la dicotomía entre las esferas pública y privada. Es en este contexto en el que la citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán fue tan pionera, al reconocer que las transformaciones sociales, políticas, económicas y tecnológicas que se produjeron en la época condujeron a una reinención del concepto de privacidad, permitiendo consolidar el derecho a la autodeterminación informativa, cuyo ámbito de salvaguarda no recae exactamente sobre la naturaleza privada o pública de los datos, sino sobre los riesgos atribuidos a su tratamiento por terceros.

89. El reconocimiento de la garantía constitucional de la autodeterminación informativa por el Tribunal Constitucional alemán consolidó entonces la noción de control individual sobre sus datos, reforzada por los deberes de aclaración, información, minimización y supresión de datos. De este modo, el concepto de intimidad adquirió contornos cada vez más relevantes, más allá del tradicional poder de exclusión, haciendo aún más significativo entender la secuencia "persona-

información-circulación-control", en detrimento de la fórmula "persona-información-secreto", que guió el debate anteriormente⁷³.

90. Ambos derechos se derivan de la Convención -el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa- y la sentencia del caso CAJAR afirma que el Estado colombiano los violó frontalmente. Sin embargo, aunque son interdependientes, existen tres diferencias cruciales⁷⁴ que permiten deducir de la Convención dos derechos humanos autónomos. En primer lugar, el ámbito de protección de la autodeterminación informativa recae sobre el agente: abarca el poder de control del individuo sobre sus datos personales. En este sentido, se hace mayor hincapié en la autonomía de la persona humana, y no en la esfera, privada o no, a la que pertenecen los datos relativos al individuo en cuestión⁷⁵. El poder de control de la persona sobre sus datos personales se despliega tanto **(i)** en su poder de decisión sobre el tratamiento de la información, por ejemplo, dando o no su consentimiento, como **(ii)** en el control de la propia información, que se materializa en la transparencia sobre diversos aspectos del tratamiento, que ayudan a calibrar la legítima expectativa de la persona sobre el flujo informativo de sus datos. En este sentido, la autodeterminación informativa también está garantizada cuando, a pesar de que el individuo no esté directamente de acuerdo con el tratamiento, ya que no se trata de hipótesis de recolección de consentimiento, tiene acceso a la información sobre cómo se tratan sus datos. Así, trascendiendo la idea de privacidad como una mera libertad negativa, se adopta la idea de autodeterminación informativa como un derecho positivo, que otorga al interesado un papel protagonista en las decisiones relacionadas con el flujo de datos, exigiendo su participación activa y otorgándole el derecho a desarrollar libremente su personalidad.

91. El derecho a la intimidad no se refiere directamente a la capacidad de determinación del sujeto, sino a los límites inviolables de la vida dentro de los cuales ciertas injerencias son inadmisibles. Sus dimensiones espacial, corporal y psicológica guardan cierta distancia con lo que cada individuo determina libremente, aunque a menudo se aborden en la normativa de protección de datos (bajo la rúbrica de la confidencialidad de los datos privados). Esto no significa que el derecho a la intimidad sea más limitado que la protección que otorga la autodeterminación informativa: basta recordar que, en la jurisprudencia interamericana, el concepto de vida privada no se interpreta de manera restrictiva, extendiéndose a la protección del honor, la reputación, la vida y orientación sexual, la identidad, la vida familiar, el domicilio, la correspondencia en sentido amplio y el ámbito profesional, por ejemplo⁷⁶. Por lo

⁷³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.

⁷⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, p. 1–18, 2020. p. 12. As diferenças aqui enunciadas não são exaustivas. A relação entre privacidade e autodeterminação informativa mereceria uma análise muito mais aprofundada do que aquela que a extensão deste voto permite. Ver, nesse sentido, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Nova Edição. São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais, 2019; SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; et al (Orgs.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 21–59. p. 32-33.

⁷⁵ ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 19–45, 2016. p. 25-26.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Opinión Consultiva O C-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. Serie A No. 24, párrs. 86-87 y 92; *Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. párrs. 149-152; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194; *Caso Escher y otros vs. Brasil. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 208, párr. 114; y *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 102. El amplio alcance del derecho a la intimidad bajo la Convención Americana demuestra, sin duda, su interrelación con el derecho a la autodeterminación

tanto, esta primera diferencia relevante no se refiere al alcance, sino a la distinta naturaleza de sus ámbitos de protección.

92. Esto da lugar a una segunda característica que distingue a estos derechos: mientras que no es posible fijar, de forma predeterminada, exactamente qué usos de los datos personales de un individuo son permisibles en una situación concreta en virtud del derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la vida privada establece límites que son más fácilmente identificables *a priori*, es decir, con anterioridad a la voluntad del individuo afectado.

93. Por tanto, los límites de la intimidad varían menos de un individuo a otro, ya que no dependen necesariamente de que el sujeto ejerza su autodeterminación. La inviolabilidad del domicilio, por ejemplo, desde la perspectiva de la intimidad, es rígida: tiene lugar independientemente de la voluntad de un individuo en cuanto a los usos permisibles de los datos relativos a esa zona. La autodeterminación informativa es más flexible: un individuo puede consentir o no el tratamiento de datos importantes sobre sí mismo.

94. Con ello, se intuye una tercera distinción, relativa al concepto de datos personales. No se trata necesariamente de "datos privados", y mucho menos de secretos íntimos. La atribución de los datos a una esfera íntima, aunque relevante para la protección de la vida privada, no desempeña un papel significativo en la autodeterminación informativa, que puede extenderse mucho más allá, ofreciendo protección a los datos no privados⁷⁷. Así pues, es evidente que el centro de gravedad de la protección se ve alterado. Mientras que el derecho a la intimidad abarca la protección del secreto, la confidencialidad o la información relativa a la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa se basa en la idea de que ningún dato es inútil o irrelevante e incluso los datos públicos pueden revelar detalles sobre la personalidad de los individuos cuando se agregan a otros datos, lo que demuestra que la forma en que se utilizan pasa a ser más importante que la naturaleza de los propios datos, ya sean públicos o privados⁷⁸.

95. Tal y como establece la sentencia, el derecho a la autodeterminación informativa se extiende a cualquier dato de carácter personal que obre en poder de organismos públicos, así como a las bases de datos privadas, exigiendo al Estado que proporcione medios y recursos adecuados y eficaces para responder a las reclamaciones de acceso, rectificación o supresión de información en poder de terceros⁷⁹. En este contexto, el concepto de "datos personales" debe entenderse en sentido amplio, como "la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona física de forma directa o indirecta"⁸⁰. Los "datos personales sensibles" forman un subconjunto específico dentro de esta categoría, consistente en aquellos que se refieren a las características más íntimas y distintivas de los individuos. Por este motivo, son especialmente susceptibles de ser utilizados con fines discriminatorios, permitiendo prácticas de exclusión, segregación

informativa, aunque un derecho no puede reducirse al otro. Además, sostuve en mi voto en el caso *Valencia Campos y otros vs. Bolivia*, párrs. 15-16, que incluso las manifestaciones más íntimas de la vida privada también tienen aspectos vinculados con la sociabilidad.

⁷⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, p. 1-18, 2020. p. 11.

⁷⁸ NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life*. Palo Alto: Stanford University Press, 2010.

⁷⁹ Sentencia, párr. 582.

⁸⁰ Sentencia, para. 572, que se basa en los Principios actualizados del Comité Jurídico Interamericano sobre Privacidad y Protección de Datos (2021), p. 23.

y estigmatización, de modo que su tratamiento puede afectar negativamente a la propia dignidad del interesado, dañando su identidad personal y, a menudo, su intimidad. Ejemplos de ello son los datos sobre opiniones políticas, religión, orientación sexual, salud, información bancaria y financiera, datos genéticos y biométricos, entre otros⁸¹.

96. En otras palabras, a diferencia de los datos meramente catastrales, se trata de datos que permiten calificar a un individuo e identificar los principales rasgos de su personalidad, lo que también exige un mayor grado de protección⁸². Son datos de esta naturaleza los que a menudo han sido escrutados por los organismos de la inteligencia colombiana y agregados en forma de perfiles de víctimas⁸³. Los aspectos más íntimos de la individualidad de los miembros del CAJAR y sus familias, tales como su comportamiento, hábitos, características psicológicas y emocionales y posiciones políticas, fueron condensados clandestinamente en forma de *perfiles* que servirían de herramienta a los agentes estatales para calibrar sus métodos invasivos de manera personalizada en relación con cada uno de sus objetivos. En este contexto, cabe destacar que no sólo se recopilaron los datos personales de los miembros del CAJAR, sino también la información de sus seres queridos, especialmente de sus hijos e hijas, la mayoría de los cuales eran niños y adolescentes, es decir, individuos en situación de vulnerabilidad. También para estos individuos, el derecho a la autodeterminación informativa se hace aún más difícil de realizar, sobre todo teniendo en cuenta que son sujetos más fácilmente manipulables en cuanto a sus gustos, preferencias y hábitos.

97. En términos de su conformación jurídica en el *corpus iuris* interamericano, el derecho a la autodeterminación informativa tiene una estructura compleja. En su dimensión subjetiva, comprende, en los términos del artículo 1 de la Convención, obligaciones de respeto -deber del Estado de no menoscabar el poder de control del individuo sobre sus datos personales- así como obligaciones de garantía -deber del Estado de organizar el aparato institucional y las estructuras del poder público para asegurar la autodeterminación informativa de los individuos.

98. En el ámbito de la Convención, además del mandato general del art. 1.1, se deriva una amplia gama de derechos: (i) el derecho de acceso a la información bajo control estatal, garantizado en el art. 13.1 de la Convención.1 de la Convención, constituyendo el soporte material de las pretensiones individuales de obtención e intervención en relación con los datos personales en poder de terceros, especialmente del Estado; (ii) protección del derecho a la vida privada, previsto en el Art. 11 de la Convención, reflejando los límites objetivos a la posibilidad de intervención estatal en el ámbito íntimo de las personas; (iii) prohibición de normas que promuevan injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, de acuerdo con el artículo 2 de

⁸¹ La lista es ejemplar. Al respecto, ver Sentencia, párr. 554, que también utiliza la definición proporcionada en los Principios Actualizados del Comité Jurídico Interamericano sobre Privacidad y Protección de Datos (2021), p. 24: "Según el contexto cultural, social o político, esta categoría podría abarcar, por ejemplo, datos relacionados con la salud personal, las preferencias sexuales o vida sexual, las creencias religiosas, filosóficas o morales, la afiliación sindical, los datos genéticos, los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, las opiniones políticas o el origen racial o étnico, información sobre cuentas bancarias, documentos oficiales, información recopilada de niños y niñas o geolocalización personal."

⁸² Esta distinción, así como el derecho a la protección de datos como tal, no se basa en la importancia de determinados datos per se, sino en la protección de la dignidad de la persona humana. Como subraya acertadamente Marion Albers, "el objetivo de la protección de datos no es la protección de los datos, sino de las personas a las que se refieren los datos" (ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 19-45, 2016. p. 29).

⁸³ Sentencia, párrs. 343 y 364, por ejemplo.

la Convención, dimensión fundamental para la realización del derecho a la autodeterminación informativa, al establecer la obligación compartida por todo el aparato jurídico-institucional interno de supervisar la convencionalidad de leyes y actos que puedan resultar incompatibles con los deberes estatales en este ámbito; y (iv) garantía de recursos efectivos contra tales injerencias, de acuerdo con el artículo 25 de la Convención, materializando la dimensión procesal de este derecho.

99. Además de la combinación sistemática de estos artículos, la autodeterminación informativa surge como objeto de un consenso regional por tratarse de un derecho que ya ha sido reconocido por diversos ordenamientos internos. En el Sistema Interamericano, se encuentra previsto en las Constituciones de Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua y Panamá, entre otras⁸⁴. En algunos casos, se ha incorporado a través de los tribunales. En Brasil, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal ha reconocido que el respeto a la intimidad y a la autodeterminación informativa derivan del propio derecho a la personalidad⁸⁵. Además, en los últimos años se han producido en América Latina una serie de avances legislativos en materia de protección de datos personales⁸⁶. Tales acciones reflejan un creciente compromiso con la afirmación del derecho a la autodeterminación informativa y con los estándares internacionales de protección de datos.

100. Como señala la sentencia⁸⁷, tal derecho no es absoluto y está sujeto a restricciones compatibles con el principio de proporcionalidad, a través del cual debe verificarse si determinado proceso de tratamiento de datos personales es adecuado, necesario y proporcional para alcanzar un fin legítimo claramente previsto por la ley. Se evalúa así si la realización de otros derechos humanos puede justificar una limitación de la autodeterminación informativa. Sin embargo, el test de proporcionalidad no puede aniquilar lo que se caracteriza como un "núcleo absolutamente protegido" de este derecho: cualquier restricción proporcional del derecho a la autodeterminación informativa no puede dar lugar a que ningún individuo tenga una recopilación, tratamiento y circulación ilimitados de datos personales⁸⁸.

⁸⁴ Las disposiciones constitucionales específicas sobre protección de datos en cada uno de estos Estados se enumeran en la sentencia, nota 743.

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal de Brasil, Medida Cautelar en la ADI n. 6390, relatora Min. Rosa Weber, juzgado en 07 de mayo de 2020. En mismo sentido, Supremo Tribunal Federal de Brasil, RE n.º 673.707/MG, relator el Min. Luiz Fux, juzgado el 17 de junio de 2017. En este caso, el Tribunal derivó de la garantía del *habeas data* un derecho sustantivo a la autodeterminación informativa. Para más detalles sobre esta interpretación, consulte la opinión emitida por el Min. Gilmar Mendes en esa ocasión.

⁸⁶ En Brasil, la Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD), Ley n.º 13.709, se publicó el 14 de agosto de 2018 y entró en vigor el 15 de agosto de 2021 tras modificaciones. Ecuador le siguió con la promulgación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales el 26 de mayo de 2021. En Panamá, la Ley 81 de Protección de Datos Personales se publicó el 26 de marzo de 2019 y entró en vigor el 29 de marzo de 2021, reglamentada por el Decreto Ejecutivo 285 del 28 de mayo de 2021. Uruguay, pionero en la región, actualizó su legislación con el Decreto N.º 64/020 del 21 de febrero de 2020, reglamentario de la Ley N.º 19.670 del 15 de octubre de 2018, además de adherir al Convenio N.º 108 del Consejo de Europa y aprobar el protocolo que modifica dicho convenio mediante la Ley N.º 19.948 del 16 de abril de 2021. Un análisis comparativo de estas recientes leyes puede encontrarse en AMOROSO, Yarina; GUERRERO, Jacqueline. El panorama legislativo de la protección de datos en América Latina en el período 2018-2022. *Desafíos Jurídicos*, v. 3, n. 4, 2023.

⁸⁷ Sentencia, párrs. 601 a 608

⁸⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. p. 206. El término "núcleo absolutamente protegido" (*absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung*) fue utilizado de forma relacionada con la protección de datos por el Tribunal Constitucional alemán en el caso BVerfGE 120, 274-350 (*Online-Durchsuchungen*) (2008). Disponible en: <https://www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html>. Consultado el: 28 nov. 2023. párr. 270.

101. La discusión sobre los límites al disfrute de este derecho adquiere especial relevancia cuando las obligaciones estatales en esta materia se enfrentan a actividades como las que llevan a cabo las organizaciones de inteligencia, que, por su naturaleza, presuponen un conflicto con los derechos y libertades individuales. No cabe cuestionar las singularidades del régimen jurídico que debe regir los servicios de inteligencia, que es diferente del que se aplica a la protección general de los datos civiles. Como hemos visto, los imperativos de la autodeterminación informativa deben amoldarse al contexto de las relaciones específicas a las que afectan, y las relaciones civiles son ciertamente diferentes de las que existen entre los ciudadanos y los servicios de inteligencia de un Estado.

102. Sin embargo, es esencial reconocer que estos servicios no pueden funcionar al margen de normas y procedimientos que garanticen el respeto del derecho a la autodeterminación informativa. Este principio es especialmente vital a la hora de llevar a cabo operaciones de inteligencia y procesar los datos recopilados por estos organismos. La adopción de estándares internacionales de derechos humanos en este ámbito no sólo pretende salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, sino también legitimar las actividades de inteligencia en el marco de un Estado democrático de derecho, garantizando que los objetivos de seguridad nacional se persigan respetando la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.

103. Por ello, es fundamental que los servicios de inteligencia estén sujetos a mecanismos de control democráticos y republicanos. Esto es así porque, en palabras de José Manuel Ugarte, tales actividades tienen un carácter especial que es importante regular:

[N]o es una actividad estatal común, aunque tenga carácter permanente. Se trata de una actividad caracterizada por el *secreto*, que protege sus *fuentes, métodos, identidades y operaciones*, determinando la necesidad de utilizar, con extensión que varía según los países, un sistema especial de rendición de gastos, destinado a proteger el *secreto*, y que emplea un sofisticado instrumental concebido para penetrar la intimidad de los particulares. En diversos aspectos, esta actividad contradice uno de los principios fundamentales del sistema republicano, *la publicidad de los actos de gobierno*. La necesidad del control de la actividad de inteligencia se acentúa en países en transición hacia la plena vigencia del sistema democrático –como son los países latinoamericanos– que suelen carecer de la protección adicional que brinda a éste la existencia de una opinión pública activa, vigilante y consciente de sus derechos, y una prensa independiente ⁸⁹.

104. Es precisamente aquí donde radican algunas de las aportaciones fundamentales de la sentencia del caso *CAJAR vs. Colombia*. Más que reconocer la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, la Corte IDH se preocupó

⁸⁹ UGARTE, José Manuel. El control público de las actividades de inteligencia: generalidades y características en América Latina. En: REGUEIRA, Enrique Alonso (Org.) *El Control de la Actividad Estatal II: Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho, 2016, p. 729-752. P. 730-731. Énfasis añadido. Este carácter *sui generis* de las actividades de inteligencia en un Estado Democrático de Derecho debe ser tomado en serio, especialmente en el ámbito doméstico y en contraste con la actividad policial. Según Ugarte, "en diversos países latinoamericanos impera cierta confusión entre la actividad de inteligencia y la actividad policial [...]. Mientras la primera persigue obtener conocimiento destinado a las autoridades del país para la formulación y ejecución de políticas en materia de seguridad del Estado y del sistema democrático, la segunda persigue la prevención del delito, su investigación en caso de producirse, y la obtención válida de pruebas para el proceso penal. Determinadas características de la actividad de inteligencia –particularmente el *secreto* que protege fuentes y métodos– no son compatibles con el debate y las facultades de la defensa en el proceso penal. El empleo de la actividad de inteligencia en el proceso penal pone simultáneamente en riesgo la transparencia de dicho proceso y los derechos del imputado, y las fuentes y métodos de inteligencia, cuya revelación el juez puede exigir en preservación de los aludidos derechos." UGARTE, José Manuel. Actividad de inteligencia en América Latina: características, fortalezas, debilidades, perspectivas de futuro. *Revista Política y Estrategia*, n. 127, p. 37-74, 2017. p. 50.

por derivar estándares específicos que deben ser observados por los Estados, sobre todo a través de garantías procedimentales en la conducción de dichos servicios. La Sentencia refleja así la percepción de que, incluso en los ámbitos de la seguridad y la inteligencia, existe una expectativa de adhesión a los principios básicos de la protección de datos, lo que refleja un compromiso necesario con las garantías fundamentales y con los riesgos inherentes a la sociedad de la información. De este modo, la sentencia refuerza que la aplicación de los principios básicos de la protección de datos personales y los estándares mínimos de derechos humanos son independientes de los debates sobre las normas específicas que puedan existir para el uso de datos en actividades de inteligencia en virtud de la legislación nacional. En estos términos, reafirma la premisa de que, sea cual sea el ámbito de actuación del Estado, existe un nivel mínimo de dignidad que debe preservarse.

105. En este contexto, es importante recordar que los principios que, a día de hoy, constituyen el núcleo esencial de las leyes de protección de datos en todo el mundo tienen su origen en los *Fair Information Practice Principles* (FIPPs)⁹⁰, propuestos en los años setenta por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos (*U.S. Department of Health, Education and Welfare*) como resultado de un análisis del impacto del desarrollo tecnológico en la privacidad y del uso masivo de datos en actividades de vigilancia llevadas a cabo por agencias gubernamentales, lo que demuestra la importancia de que sean observados incluso y especialmente en casos de actividades de inteligencia y seguimiento.

106. El desarrollo tecnológico ha tenido un impacto considerable en los servicios de inteligencia⁹¹. La introducción y mejora de las bases de datos integradas y el uso de la inteligencia artificial son ejemplos notables de esta transformación, que permiten analizar cantidades voluminosas de datos. Herramientas como el reconocimiento facial, los lectores automáticos de matrículas, las bases de datos genéticos y el monitoreo remoto de personas por GPS están redefiniendo las metodologías de

⁹⁰ Los ocho FIPPs, que son la transparencia (las personas deben ser informadas sobre la recogida, uso, difusión y mantenimiento de sus datos personales), la participación individual (las personas deben participar en el proceso de uso de los datos personales, dando, en la medida de lo posible, su consentimiento individual para ello), la especificación de la finalidad (claridad en cuanto a la finalidad que permite la recogida y uso de los datos personales), minimización de los datos (recogida únicamente de los datos personales necesarios para cumplir la finalidad especificada), limitación del uso (uso de los datos personales únicamente para los fines informados a la persona en el momento de la recogida y compartición únicamente para fines compatibles), calidad e integridad de los datos (uso de datos personales exactos, pertinentes y completos), seguridad (protección de los datos personales mediante una seguridad adecuada frente a riesgos como la pérdida, el acceso o uso no autorizados, la destrucción, la modificación o la divulgación involuntaria o indebida) y rendición de cuentas y auditoría (responsabilidad del cumplimiento de los principios, con formación de los empleados y auditorías frecuentes para demostrar el cumplimiento por parte de la organización), se convirtió en la base principal de la Directiva de Protección de Datos de la Unión Europea en 1995 (Directiva 95/46/CE), que inspiró el texto final del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (Reglamento 2016/679) y muchos otros acuerdos internacionales y leyes nacionales sobre privacidad y protección de datos en todo el mundo en las décadas siguientes. U.S. DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY. *The Fair Information Practice Principles at Work*. The Privacy Office, Washington, 2011.

⁹¹ Para una serie de ejemplos de operaciones de tratamiento de datos personales en el ámbito de la seguridad pública, véase ABREU, Jacqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para a segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; et al (Orgs.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 590-593. Según la autora, existe un interés creciente por las técnicas de *vigilancia policial* y de *arrastre basadas en big data*. Explica que el término "*big data policing*" se refiere al uso de grandes volúmenes de datos, procedentes de diversas fuentes y procesados rápidamente, para extraer tendencias, patrones e información que puedan utilizarse en la vigilancia preventiva y represiva. *La vigilancia de arrastre*, por su parte, describe las técnicas de investigación que recopilan datos e información de un gran número de personas, muchas de ellas inocentes, y no sólo de individuos sospechosos de estar implicados en actividades delictivas. Esto incluye la instalación de cámaras de vigilancia y el uso de drones en espacios públicos, así como las solicitudes de violación del secreto que captan datos de un gran número de individuos con la esperanza de encontrar entre ellos alguna prueba útil.

investigación, permitiendo la recopilación y el uso continuos de datos que abarcan un vasto espectro de individuos.

107. Aún más preocupante es el empleo recurrente de *softwares* de captura de datos y vigilancia de dispositivos por parte de los servicios de inteligencia, facilitando prácticas como el monitoreo masivo de individuos. Este monitoreo, sin embargo, a menudo se realiza de manera clandestina y puede violar el derecho a la autodeterminación informativa, ya que los individuos no tienen el conocimiento de que son objetivos de vigilancia y tampoco sobre cómo los datos personales recopilados serán utilizados por los servicios de inteligencia, permitiendo una interferencia arbitraria y abusiva en su vida privada sin justificativa legítima.

108. Debido a su propia naturaleza jurídica, los servicios de inteligencia deben observar y demostrar la existencia de interés público para llevar a cabo sus actividades, incluido el monitoreo y recopilación de datos personales, con el fin de evitar cualquier posibilidad de que respondan a intereses personales o privados o se realicen sin objetivos, justificaciones y limitaciones claras. Es esencial que el uso de software de inteligencia sea regulado por ley que establezca las condiciones y restricciones para su empleo de acuerdo con los estándares de derechos humanos. También debe estar sujeto a revisiones constantes de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como al debido control judicial previo, para (i) anticipar y mitigar posibles riesgos para los derechos fundamentales de las personas afectadas, (ii) inhibir usos potenciales indebidos, abusivos o ilícitos y (iii) exigir una mayor rendición de cuentas por parte de los servicios de inteligencia.

109. Sin embargo, estos cambios, a pesar de la mayor eficacia en el uso de *software* de captura de datos y vigilancia de dispositivos para identificar nuevas líneas de investigación, el empleo de los mismos conlleva un importante potencial de abuso en el tratamiento de los datos personales⁹². La falta de parámetros adecuados para la protección de la autodeterminación informativa dentro de las organizaciones de inteligencia y seguridad pública puede dar lugar a graves violaciones de los derechos humanos.

a. Control de las actividades de inteligencia - Normas de procedimiento y organización

110. La sentencia de la Corte IDH en el caso CAJAR forma parte de este movimiento normativo hacia la aplicación progresiva de las normas de protección de datos a los servicios de inteligencia⁹³. La Sentencia establece que, en lo que se refiere específicamente a las actividades de inteligencia, el derecho a la autodeterminación informativa implica ciertas garantías organizativas y procedimentales que los Estados están obligados a observar. En concreto, la Corte IDH las incorporó en forma de las medidas de no repetición que configuraron la obligación de adaptar la Ley 1621 de 2013, a las que me referí en el apartado anterior.

111. Estas obligaciones incluyen límites materiales, procedimentales y teleológicos a la recogida, almacenamiento o mantenimiento de datos personales por parte de las organizaciones de inteligencia, límites que deben estar formalmente prescritos por

⁹² MENDES, Laura Schertel; ABREU, Jacqueline. Carta das Editoras: Dossiê Temático "Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Segurança Pública e no Processo Penal". *Direito Público*, v. 18, n. 100, p. 18-19, 2021.

⁹³ Sentencia, párrs. 601-608, *passim*.

ley. En los siguientes párrafos me dedicaré a explorar algunas de las que considero principales aportaciones de la sentencia en materia de reparaciones, en forma de medidas concretas que abordan las lagunas más relevantes en la protección de los derechos humanos en el ámbito de las operaciones de inteligencia. Reflejan la preocupación de la Corte IDH por materializar los principios que integran el derecho a la autodeterminación informativa, con miras a dotar de un marco jurídico exhaustivo a las actividades de inteligencia, formalizarlas y procesarlas, fortalecer el control judicial y establecer mecanismos de accesibilidad a la información recabada por los órganos del sector.

112. Antes de analizar las medidas ordenadas por la Corte, es importante tener en cuenta que no están explícitamente consignadas en los puntos resolutive de la Sentencia. Allí se señala que "[e]l Estado procederá a la adecuación normativa de la Ley estatutaria 1621 de 2013 y del Decreto 2149 de 2017, en los términos de los párrafos 1055 a 1058 de la presente Sentencia". Los párrafos referidos en la parte resolutive, a su vez, se refieren a los *estándares* derivados del examen específico que la Corte IDH realizó respecto de la Ley de Inteligencia en la sección de fondo.

113. Cualquier interpretación que pretenda, a partir de esta opción formal de la sentencia, atenuar la obligación de incorporar *todos* los parámetros de convencionalidad allí desarrollados, debe ser descartada de plano. Por el contrario, esta conformación expresa la doble dimensión de las medidas enumeradas en el capítulo anterior y que se analizarán con mayor detalle a continuación. Por un lado, deben ser concebidas como medidas concretas de no repetición dirigidas específicamente al Estado colombiano, con rango de cosa juzgada internacional y, como tales, sujetas a la supervisión de su cumplimiento por parte de la Corte IDH. Por otro lado, al margen de las modificaciones específicas de la Ley 1621, estas medidas operan como preceptos generales dotados del carácter de *res interpretata* que deben ser observados por todos los Estados de la región a la hora de regular las actividades de inteligencia.

114. La primera preocupación de la Corte IDH frente a la Ley de Inteligencia se ubica en el plano de la **legalidad**. Es decir, entendió el deber de establecer un marco normativo claro, descriptivo y, en la medida de lo posible, exhaustivo respecto de las actividades que podían realizarse en el ámbito de los servicios de inteligencia. En estos términos, consideró que la Ley 1621 "*no identifica los distintos tipos de medidas y acciones de obtención y recopilación de información autorizadas en materia de inteligencia (con excepción de los artículos 17 y 42 [...])*". Con base en este diagnóstico, ordenó al Estado reformar la ley a fin de prever:

"(i) los objetivos perseguidos con dichas medidas; (ii) las clases de personas y actividades respecto de las cuales se permite obtener y recopilar información, en función, claro está, de la identificación de amenazas para la realización de los fines legítimos identificados; (iii) el grado de sospecha que puede justificar la obtención y recopilación de información; (iv) los plazos dentro de los cuales se permite el empleo de las citadas medidas y estrategias, y (v) los métodos útiles para actualizar, supervisar y examinar las medidas y acciones empleadas para obtener y recopilar información ."

115. Como cualquier forma de injerencia estatal en la esfera individual, las actividades de inteligencia presuponen cierto grado -mayor o menor, según la actividad concreta- de restricción de derechos, especialmente del derecho a la intimidad y del derecho a la autodeterminación informativa.

116. La consolidación del sistema internacional de protección de los derechos humanos ha puesto fin a los tiempos en que la invocación de justificaciones como la

defensa de la seguridad nacional y el orden público legitimaba a los Estados para intervenir discrecionalmente en los derechos y garantías de los ciudadanos. Las circunstancias que autorizan la restricción del ejercicio de un derecho deben estar claramente prescritas por la ley, de conformidad con el artículo 30 de la Convención.

117. Sin embargo, el respeto *pro forma de la* legalidad no es suficiente. En el caso *Escher vs. Brasil*, por ejemplo, la Corte IDH señaló que las intromisiones en la vida privada permitidas por la ley deben ser precisas y claras a la hora de indicar el alcance y los límites del poder estatal, lo que incluye las circunstancias en las que puede adoptarse la medida de intervención, las personas autorizadas para aplicarla y el procedimiento que debe seguirse para hacerlo⁹⁴. En otras ocasiones, el Tribunal también se ha esforzado por delimitar el contenido mínimo de las normas restrictivas:

No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad⁹⁵.

118. La definición de los medios de vigilancia, por lo tanto, no puede descansar única y exclusivamente en el juicio subjetivo de los agentes encargados de llevarla a cabo. El historial de abusos y, sobre todo, la utilización de métodos que implicaban no sólo el espionaje del objetivo, sino una verdadera instrumentalización del miedo, exigen una delimitación clara de las técnicas que pueden utilizar los servicios de inteligencia. La importancia concedida a las actividades de inteligencia del Estado no otorga a éste prerrogativas ilimitadas para llevarlas a cabo. Las medidas propuestas en la sentencia refuerzan la carga de justificación de los organismos de inteligencia, que no sólo deben identificar las amenazas que motivan una determinada operación, sino también el grado de sospecha que la autoriza.

119. También se pretende evitar el uso desproporcionado de técnicas de vigilancia demasiado invasivas, con una correlación entre la magnitud de la amenaza y el nivel de interferencia del método adoptado. La exigencia de definir límites temporales también es fundamental para que las operaciones regulares no se conviertan en vigilancias indefinidas e irrazonables.

120. Además de ser directrices necesarias para la realización de actividades de inteligencia, las modificaciones introducidas cumplen otra finalidad fundamental: permitir el control *ex post* - ya sea judicial, administrativo o disciplinario- de las operaciones. El establecimiento de fines, plazos, métodos permitidos y criterios de ejecución proporciona al órgano de control no sólo una referencia para examinar la legalidad de la operación, sino también hitos precisos para calibrar la proporcionalidad de las medidas llevadas a cabo.

121. En términos **procedimentales**, la realización de operaciones compatibles con el derecho a la autodeterminación informativa requiere la formalización de las actividades de inteligencia. Según la Sentencia, la Ley debe prever la "*formalización, por medio de procesos numerados, de las actividades de inteligencia desarrolladas con el debido registro de todas sus etapas, incluido el historial de registros de acceso a los sistemas electrónicos, si fuera el caso*".⁹⁶.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 131.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 125.

⁹⁶ Sentencia, párr. 673.

122. En primer lugar, quisiera señalar que la estipulación de procedimientos para la operacionalización de las acciones, así como la obligación de registrar y archivar todos los procedimientos llevados a cabo por las agencias de inteligencia, son condiciones indispensables para el control democrático de las acciones de estos organismos. La ausencia de requisitos burocráticos de este tipo sitúa la realización de operaciones en una zona fuera del alcance de la supervisión de los órganos responsables de ello, lo que socava la eficacia de los mecanismos independientes de supervisión.

123. El registro de recopilación de los datos permite, si se constatan abusos, identificar a los agentes encargados de la actividad, los fines de la operación y los métodos autorizados, lo que viabiliza investigar las posibles irregularidades y atribuir responsabilidades disciplinarias o incluso penales. Esta medida es particularmente relevante a la luz de los elementos específicos del presente caso, marcado por la profunda dificultad para procesar y sancionar a las personas involucradas en las violaciones cometidas contra los miembros del CAJAR, lo que llevó a la Corte IDH a reconocer que las omisiones de los órganos de investigación y juzgamiento en relación con los crímenes cometidos por agentes de inteligencia ocasionaron la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial⁹⁷.

124. El segundo aspecto que, en mi opinión, merece ser destacado se refiere al tratamiento, almacenamiento y manipulación de los datos personales obtenidos por las organizaciones de inteligencia. La sentencia afirma que:

es necesario que las autoridades responsables mantengan un registro que (i) identifique a los responsables del procesamiento de los datos; (ii) los propósitos para el procesamiento de la información recopilada, indicando el origen y categoría de estos datos; (iii) la base jurídica de las operaciones realizadas; (iv) los plazos de conservación, y (v) las técnicas utilizadas para su tratamiento. Las operaciones con datos personales recopilados por organismos de inteligencia también deben llevar registros cronológicos de acceso, alteración, consulta, eliminación o divulgación, así como de las personas que accedieron a ellos.⁹⁸

125. Esta medida es fundamental para frenar el uso indebido de los datos personales recogidos en operaciones de inteligencia. Además, concreta el derecho a la autodeterminación informativa, ya que garantiza que, incluso en los casos en que el individuo no tenga pleno control sobre la recogida de sus datos (al no tratarse de un caso de recogida de consentimiento) se salvaguarde la transparencia necesaria para que tengan una mínima expectativa de que el tratamiento se está llevando a cabo, así como el conocimiento necesario para que pueda ejercer todos los derechos asociados a la autodeterminación informativa, incluyendo los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, portabilidad de datos, entre otros, tal y como menciona la sentencia. También permite perseguir y sancionar a los agentes responsables de acceder, utilizar, manipular o divulgar dicha información de forma irregular. La obligación también es coherente con la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a la protección de datos en el contexto de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos. Aunque no se ocupa de los servicios de inteligencia, el documento establece normas pertinentes para registrar las actividades de tratamiento de datos.

126. El artículo 24 de la Directiva, por ejemplo, estipula que las entidades responsables del tratamiento de datos personales deben llevar un registro de todas

⁹⁷ Sentencia, párrs. 788 a 799.

⁹⁸ Sentencia, párr. 673.

sus actividades relacionadas con los datos bajo su gestión, incluidos los nombres de las personas responsables, los fines del tratamiento, las categorías de titulares de datos, los fundamentos jurídicos del tratamiento, entre otros⁹⁹. El artículo 25 también incluye requisitos para el registro cronológico de todas las operaciones de consulta y divulgación de datos¹⁰⁰.

127. La ausencia de procedimientos claros y de la obligación de registrar y archivar todos los procedimientos llevados a cabo por las organizaciones de inteligencia para procesar, almacenar y manipular datos personales ha permitido el uso indiscriminado de datos personales de los miembros del Colectivo CAJAR, que han sido recopilados, sobre todo, de forma ilegal. No puede pasar desapercibido, por tanto, que las operaciones encubiertas de seguimiento implicaban, por ejemplo, la captura masiva de fotografías y la elaboración de perfiles de los objetivos¹⁰¹. Como expliqué anteriormente, estas prácticas se mantuvieron e incrementaron con el uso de nuevas tecnologías de vigilancia digital, incluso después de la entrada en vigencia de la Ley 1621, a través de los Batallones de Ciberinteligencia del Ejército colombiano.

128. Otro aspecto especialmente relevante de las medidas de reparación relativas a la Ley 1621 se refiere a la ampliación del **control judicial ex ante de las operaciones de inteligencia**. En su redacción actual, la ley sólo exige autorización judicial previa para la interceptación telefónica, en los términos de los artículos 17¹⁰² y 44¹⁰³.

129. Por supuesto, la Corte IDH no desea que el Estado avance hacia un sistema de exigencia general de control previo para todo tipo de actividades llevadas a cabo por las organizaciones de inteligencia. Tal hipótesis podría hacer inviable e ineficaz el funcionamiento regular de estos servicios. Esta cautela condujo al Tribunal, por una parte, a identificar los métodos más intervencionistas a los que debería aplicarse el sistema de control previo y, por otra, a exigir medidas que hicieran viable el control

⁹⁹ Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión. Artículo 24. Registro de las Actividades de Tratamiento. 1. Los Estados miembros dispondrán que cada responsable conserve un registro de todas las categorías de actividades de tratamiento de datos personales efectuadas bajo su responsabilidad. Dicho registro deberá contener toda la información siguiente: a) el nombre y los datos de contacto del responsable del tratamiento y, en su caso, del corresponsable y del delegado de protección de datos; b) los fines del tratamiento; c) las categorías de destinatarios a quienes se hayan comunicado o vayan a comunicarse los datos personales, incluidos los destinatarios en terceros países u organizaciones internacionales; d) una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales; e) en su caso, el recurso a la elaboración de perfiles; f) en su caso, las categorías de transferencias de datos personales a un tercer país o a una organización internacional; g) una indicación de la base jurídica del tratamiento, incluidas las transferencias, de que van a ser objeto los datos personales; h) cuando sea posible, los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos personales; i) cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad a que se refiere el artículo 29, apartado 1.

¹⁰⁰ Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión. Artículo 25. Registro Operaciones. 1. Los Estados miembros velarán por que se conserven registros de, al menos, las operaciones de tratamiento en sistemas de tratamiento automatizados siguientes: recogida, alteración, consulta, comunicación incluidas las transferencias, combinación o supresión. Los registros de consulta y comunicación harán posible determinar la justificación, la fecha y la hora de tales operaciones y, en la medida de lo posible, el nombre de la persona que consultó o comunicó datos personales, así como la identidad de los destinatarios de dichos datos personales. 2. Dichos registros se utilizarán únicamente a efectos de verificar la legalidad del tratamiento, autocontrol, garantizar la integridad y la seguridad de los datos personales y en el ámbito de los procesos penales. 3. El responsable y el encargado del tratamiento pondrán los registros de operaciones a disposición de la autoridad de control a solicitud de esta.

¹⁰¹ Sentencia, párrs. 343 e 554.

¹⁰² Ley 1621 de 2013. Art. 17. (...) El monitoreo no constituye interceptación de comunicaciones. La interceptación de conversaciones privadas telefónicas móviles o fijas, así como de las comunicaciones privadas de datos, deberán someterse a los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrán llevarse a cabo en el marco de procedimientos judiciales.

¹⁰³ Ley 1621 de 2013. Art. 44. (...) En todo caso, la interceptación de comunicaciones estará sujeta a los procedimientos establecidos por el artículo 15 de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo podrá llevarse a cabo en el marco de procesos judiciales.

ex post con relación de las otras actividades, como las obligaciones de formalización ilustradas en los párrafos anteriores.

130. El requisito de control judicial previo consta de dos medidas. La primera se refiere al acceso a bases de datos y sistemas de información que almacenan y procesan datos personales. La segunda se refiere al control del espectro electromagnético. Me ocuparé inicialmente de la primera.

131. En una sociedad masivamente integrada en las redes digitales, el acceso a los datos personales puede decir mucho más sobre un individuo que interceptar sus conversaciones telefónicas, como he señalado antes. Con metadatos, datos de aplicaciones, nubes y otras fuentes similares, es posible tener un contacto detallado con los rasgos más íntimos de la personalidad de un individuo: sus gustos, preferencias personales, opiniones políticas, lugares que frecuenta, red de contactos, creencias religiosas, orientación sexual entre otras informaciones.

132. Dada la posición de los datos en la dinámica moderna de interacción social y su inextricable vínculo con la privacidad, es inaceptable que las decisiones sobre el acceso a las bases de datos y a los sistemas que almacenan datos recaigan únicamente en la discrecionalidad de las autoridades de inteligencia. La idea de un derecho a la autodeterminación informativa no sería más que retórica en un escenario en el que los agentes estatales se movieran libremente entre bancos de datos personales sin ningún tipo de control o escrutinio previo o posterior. Dado el profundo grado de intrusión en la vida íntima, la única respuesta adecuada fue exigir un control judicial *ex ante*. Esto es lo que ordenó la Corte IDH:

Se hace igualmente necesario exigir autorización judicial para aquellas técnicas o acciones de vigilancia que se considere pertinente ejecutar con relación a personas determinadas para el acceso a bases de datos y sistemas de información no públicos que almacenen y procesen datos personales¹⁰⁴.

133. Como señala la Sentencia, la autorización judicial para el acceso a bases de datos personales se justifica, en particular, por la distinción en el tratamiento entre datos sensibles y no sensibles que ha sido reiteradamente aceptada por la legislación de protección de datos y los instrumentos internacionales que tratan la materia¹⁰⁵. La exigencia de control judicial previo para el acceso a las bases de datos no es una idiosincrasia de la sentencia dictada en este caso. Restricciones de este tipo abundan en las leyes que regulan los servicios de inteligencia en países miembros del Sistema

¹⁰⁴ Sentencia, párr. 675.

¹⁰⁵ Sentencia, párrs. 579 e 674.

Interamericano de Derechos Humanos, como Argentina¹⁰⁶ , Chile¹⁰⁷ , Uruguay¹⁰⁸ y Paraguay¹⁰⁹ .

134. En estos casos, el legislador optó por no limitarse a la interceptación de comunicaciones, exigiendo autorización previa para el acceso a cualquier sistema de transmisión de imágenes, voz o datos, así como a informaciones y registros de acceso público restringido. Las leyes chilena, uruguaya y paraguaya, de redacción muy similar, exigen autorización judicial para "*intervención de sistemas y redes informáticos*" y para la "*intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información*", lo que denota una preocupación compartida por establecer límites, salvaguardas y criterios de control en relación con el acceso a las fuentes donde se almacenan datos personales. La medida propuesta en la sentencia, por tanto, es corolario de la adaptación de los principios que deben guiar el funcionamiento de los servicios de inteligencia al estado actual de la tecnología, incluyendo la protección de la confidencialidad e de la integridad de los sistemas informáticos que almacenan los datos, por ejemplo.

¹⁰⁶ Argentina - Ley 25.550. ARTICULO 5º - Las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare orden o dispensa judicial en sentido contrario.

¹⁰⁷ Chile - Ley 19.974/2004. Art. 24.- Para los efectos de esta ley se entiende por procedimientos especiales de obtención de información, los que permiten el acceso a antecedentes relevantes contenidos en fuentes cerradas o que provienen de ellas, que aporten antecedentes necesarios al cumplimiento de la misión específica de cada organismo operativo. Tales procedimientos son los siguientes: a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; b) La intervención de sistemas y redes informáticos; c) La escucha y grabación electrónica incluyendo la audiovisual, y d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información. Artículo 25.- Los directores o jefes de los organismos de inteligencia solicitarán, personalmente o por intermedio de un funcionario de su dependencia expresamente facultado para ello, la autorización judicial para emplear los procedimientos señalados en las letras a) a d) del artículo anterior.

¹⁰⁸ Uruguay - Ley 19696/2018. Artículo 20. (Autorización del Poder Judicial).- Toda operación de búsqueda de información que deba realizar cualquier órgano componente del Sistema de Inteligencia Estratégica de Estado, involucrando procedimientos especiales que puedan afectar la libertad y privacidad de los ciudadanos, deberá ser autorizada por el Poder Judicial. A tales efectos, serán competentes los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal Especializados en Crimen Organizado. Las actuaciones serán de carácter reservado. Las personas que tomen conocimiento de dichas actuaciones quedaran sujetas a lo dispuesto por los artículos 32 y 33 de esta ley. La reglamentación de esta ley establecerá específicamente los procedimientos especiales así como las hipótesis en los que procederá su utilización. Se entiende por procedimientos especiales de obtención de información, los que permiten el acceso a antecedentes relevantes contenidos en fuentes cerradas o que provienen de ellas, que aporten antecedentes necesarios al cumplimiento de la misión operativa específica de cada agencia de inteligencia, tales como los siguientes procedimientos: A) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; B) La intervención de sistemas y redes informáticos; C) La escucha y grabación electrónica incluyendo la audiovisual; D) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información.

¹⁰⁹ Paraguay - Ley 5421/2014. Artículo 25.- Clasificación. Los procedimientos referidos en el artículo anterior, son los siguientes: 1. La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas. 2. La intervención de sistemas y redes informáticos. 3. La escucha y grabación electrónica audiovisual. 4. La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información. Artículo 26.- Autorización judicial. Será competencia del Secretario Nacional de Inteligencia, solicitar la autorización judicial para emplear los procedimientos señalados en el artículo anterior. La solicitud deberá ser formulada ante el Juez Penal de Garantías de Turno del lugar en el cual se habrá de realizar el procedimiento respectivo. El Juez podrá o no ordenar, por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la realización de los procedimientos a que se refiere el artículo anterior, dentro del plazo de 24 (veinticuatro) horas, sin más trámite. La resolución que la ordene, deberá especificar los medios que se emplearán, la individualización de la o las personas a quienes se aplicará la medida y el plazo por el cual se decreta, que no podrá ser superior a 90 (noventa) días, prorrogable por una sola vez hasta por igual período.

135. Las Cortes Constitucionales de la región también han desarrollado interpretaciones restrictivas de las normas que rigen los servicios de inteligencia, con el fin de garantizar el control judicial previo o posterior de las medidas intrusivas. Un ejemplo de ello es la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 6529, que analizó las normas legales para compartir datos entre agencias del Sistema de Inteligencia brasileño.

136. La máxima Corte brasileña, al reafirmar la competencia exclusiva del poder judicial para decretar la violación del secreto telefónico o de los datos, estableció que la compartición de datos entre los órganos del referido sistema presupone la demostración del interés público de la medida, debidamente motivada y formalizada, para el posterior control de legalidad por el juez, con excepción de los datos sujetos a autorización judicial previa¹¹⁰.

137. La segunda medida se refiere al control judicial previo de las actividades de inteligencia relacionadas con el monitoreo del espectro electromagnético. La actual redacción del artículo 17 de la Ley 1621 establece que el monitoreo de espectro forma parte de las actividades de inteligencia que pueden realizarse en el marco de órdenes de operaciones o misiones de trabajo, diferenciándolo, sin embargo, de la interceptación de comunicaciones. Esta última, según el legislador, debe cumplir con los requisitos de la Constitución y el Código de Procedimiento Penal y sólo puede ser utilizada en el curso de un proceso judicial.

138. Aunque no define en qué consiste la "comprobación técnica del espectro", de la ley se desprende que tales técnicas no requieren autorización judicial previa y pueden llevarse a cabo de forma autónoma y discrecional por los organismos de inteligencia. Al declarar la constitucionalidad de la figura prevista en el artículo 17 de la Ley 1621, la Corte de Constitucionalidad la definió como "*la captación incidental de comunicaciones que permiten evitar atentados y controlar riesgos para la defensa y seguridad de la Nación*"¹¹¹. La diferencia de trato con respecto a la interceptación telefónica se justifica por el hecho de que el monitoreo es aleatorio e indiscriminado, y no selectivo como esta última:

La actividad de monitoreo del espectro electromagnético no podría involucrar un seguimiento individual. No envuelve un rastreo selectivo ni determinado sobre sujetos concretamente considerados. En esta medida, no puede confundirse el monitoreo del espectro electromagnético como actividad impersonal y abstracta con los actos propios de una investigación penal que es individual y concreta, y que parte de una noticia criminis (dentro de una indagación preliminar), que busca recaudar los elementos probatorios, para la identificación de los autores de una conducta punible, que se desenvolverá en el marco de un proceso penal, el cual tiene un marco legal determinado por los códigos penal y de procedimiento penal¹¹².

139. Sin embargo, las diferencias operativas y teleológicas entre ambos tipos de vigilancia no permiten olvidar que el monitoreo de espectro, al igual que la interceptación, es una técnica que permite -aunque por medios diferentes- captar e identificar comunicaciones privadas. En otras palabras, no existe ninguna justificación razonable, desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, para dar un tratamiento jurídico diferente a una sobre la otra.

140. Hay que recordar que la sentencia es clara al determinar que la "*utilización de las técnicas de vigilancia, selectiva o a gran escala, de las comunicaciones, máxime ante las nuevas tecnologías existentes*" requiere siempre el control de una

¹¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 6529, Ministra Relatora Cármen Lúcia, Plenario, juzgada el 11.10.2021.

¹¹¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-540/2012, p. 278.

¹¹² Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-540/2012, p. 279.

autoridad judicial, para delimitar el modo, la duración y el alcance de la medida propuesta¹¹³.

141. A modo de ejemplo, la propia Corte de Constitucionalidad colombiana ha conocido casos que demuestran que el monitoreo de espectro electromagnético puede ser utilizado para captar, indebidamente, comunicaciones individuales. En una acción de tutela examinada en la sentencia T-708-2008, un particular denunció la violación de su derecho a la intimidad como consecuencia de la captación de sus conversaciones telefónicas a través del monitoreo pasivo del espectro. Durante el escaneo del espectro en busca de transmisiones ilegales en la zona donde vivía el demandante, sus conversaciones fueron captadas, transcritas, almacenadas, individualizadas y divulgadas, a pesar de que él no era el objetivo de las operaciones. Al final, y debido a ello, el tribunal colombiano concluyó que se había violado el derecho a la intimidad¹¹⁴.

142. Este caso demuestra que, aunque su naturaleza sea diferente de la interceptación telefónica, el monitoreo de espectro puede ser igualmente invasivo en relación con la vida privada, en la medida en que permite no sólo acceder al contenido de las comunicaciones privadas, sino también individualizar a los interesados, aunque sea de forma no selectiva y no intencional.

143. Basta con echar un vistazo a las leyes de inteligencia antes mencionadas para comprobar que no distinguen entre modalidades de vigilancia de las comunicaciones y que adoptan términos amplios para dar el mayor alcance posible a la obligación de someterlas previamente a control judicial, aplicable a "[l]a intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas" e "[l]a intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información"¹¹⁵, lo que demuestra que los cambios propuestos están en consonancia con los ordenamientos jurídicos más avanzados de la región.

144. Por otro lado, sensible a las situaciones de emergencia, la Corte IDH ha propuesto una válvula de escape para los casos en los que el control judicial previo pueda poner en peligro el resultado útil de la operación. En estos casos, el control *ex ante* se sustituye por la modalidad *ex post*, que debe realizarse inmediatamente después de iniciarse el seguimiento y, si se detecta alguna irregularidad, toda la información obtenida debe quedar inutilizada¹¹⁶. De este modo se evita que cualquier retraso en la evaluación por parte del tribunal competente comprometa las intervenciones urgentes, al tiempo que se ofrecen salvaguardias contra el uso de información obtenida ilegalmente en perjuicio de los sujetos vigilados.

¹¹³ Sentencia, párr. 547.

¹¹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-708-08. Expediente T-1771946. Julgada em 14 de julho de 2008. Vide: "En efecto, esta Sala, debido a la reserva que acompaña ese material, sólo puede certificar que al expediente se allegaron, por ejemplo, la transcripción de tres conversaciones en el curso de las cuales el actor es nombrado o aparece como interlocutor [48], producto de las labores de monitoreo del espectro electromagnético. Dichas maniobras, teniendo en cuenta que estaban enfocadas a una labor de control y vigilancia y además realizadas para garantizar la seguridad de la nación, no podían ser objeto de difusión ni en todo ni en parte, y menos aún, de ellas se podía individualizar a una persona determinada de manera pública, bien a través de listados o de cualquier otra forma de identificación. Estas condiciones bastan para que la Sala concluya que los hechos probados en esta tutela son violatorios del derecho a la intimidad del actor, por lo que, conforme a lo anotado, la acción de tutela adquiere procedencia, pues es el instrumento idóneo para su protección, y para censurar y prevenir nuevas filtraciones a fin de garantizar la reserva de los datos que se hubieren recogido como consecuencia de las labores de inteligencia y que todavía no han sido difundidos al público."

¹¹⁵ Cfr. art. 24, "d" de la Ley 19.974 de Chile; art. 20 de la Ley 19.696 de Uruguay y art. 25.4 de la Ley 5421/2014 de Paraguay, transcritos supra.

¹¹⁶ Sentencia, párr. 677.

145. En cuanto a los mecanismos de **acceso a la información**, no es posible respetar y proteger el derecho a la autodeterminación informativa en sus múltiples dimensiones sin una acción positiva del Estado y, en particular, sin la adopción de procedimientos específicos que garanticen que no se trata de una mera prerrogativa nominal. En la idea misma de autodeterminación existe una dimensión procedimental¹¹⁷, que es dinámica, como demuestra la comparación con el derecho a la intimidad. La idea de un individuo en control de sus datos no es un mero "espacio", como lo es la "esfera íntima", sino que debe entenderse necesariamente en el tiempo. En este sentido, lo que importa para la autodeterminación informativa es que la voluntad del individuo se canalice adecuadamente durante todas las fases del tratamiento de datos.

146. En palabras de Marion Albers, "los individuos no sólo necesitan derechos defensivos, sino también derechos a saber, a obtener información, a participar y a ejercer influencia"¹¹⁸, sin los cuales no puede haber autodeterminación eficaz. Por este motivo, es obligación del Estado disponer de mecanismos efectivos y rápidos para permitir el acceso a los datos personales de los individuos en poder de organismos gubernamentales y no gubernamentales, así como para solicitar la rectificación o supresión de dichos datos, oponerse a su tratamiento o, en caso necesario, exigir su portabilidad¹¹⁹.

147. Uno de los mecanismos idóneos de protección interna de este derecho es, por ejemplo, el *habeas data*. Se trata de un "fenómeno típico en el desarrollo de la protección de datos personales en América Latina"¹²⁰, que se difundió en la década de 1990 como símbolo de la ruptura con los regímenes dictatoriales en los países de la región y la consecuente necesidad de abrir los archivos de la época¹²¹. El instituto es por lo tanto fundamental para la protección de la autodeterminación informativa y su desarrollo en varios países latinoamericanos, especialmente Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Ecuador y Venezuela, muestra también el sólido consenso regional sobre el tema¹²².

148. Al analizar el sistema normativo que regula las actividades de inteligencia en Colombia, la Corte IDH se encontró, sin embargo, con la ausencia de un instrumento idóneo que permita a los particulares reclamar el acceso a la información en poder de los organismos del sector. Observando que "*la regulación aplicable en materia de archivos de inteligencia no prevé actualmente mecanismos o procedimientos que garanticen el derecho a la autodeterminación informativa de las personas cuyos datos consten en tales archivos*"¹²³, ordenó al Estado adecuar su legislación con el fin de implementar un instrumento de impugnación que permita a las personas reclamar el

¹¹⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, p. 1–18, 2020. p. 16; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados de uma mesma moeda. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185–216, 2018, esp. p. 207–211

¹¹⁸ ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 19–45, 2016. p. 34. Traducción nuestra

¹¹⁹ Sentencia, párr. 582.

¹²⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Nova Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Seção 4.1.4.

¹²¹ Ver MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 543; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Nova Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Seção 4.1.4.

¹²² Para una clasificación de los distintos tipos de *habeas data* y su previsión en los diferentes sistemas jurídicos de América Latina, véase PUCCINELLI, Oscar Raúl. Evolución histórica y análisis de las diversas especies, subespecies, tipos y subtipos de *habeas data* en América Latina. *Vniversitas*, v. 107, p. 471–501, 2004.

¹²³ Sentencia, párr. 1059.

acceso a los datos personales en poder de los servicios de inteligencia, así como su rectificación y supresión¹²⁴. Debe prestarse especial atención a la cláusula de interpretación adoptada en el apartado siguiente (párrafo 1060), a través de la cual la Corte IDH deja claro que no basta con establecer un recurso *pro forma*. Es necesario que las autoridades encargadas de considerarlo tomen en cuenta los estándares derivados de la sentencia y de la jurisprudencia interamericana en su conjunto.

b. Sobre el derecho a la integridad de los sistemas de información

149. Los ejemplos anteriores ilustran que uno de los grandes aportes de la sentencia *CAJAR vs. Colombia*, más que reconocer el derecho a la autodeterminación informativa como parte del acervo jurídico interamericano, fue reconocer su expresión en forma de garantías procedimentales que deben ser observadas por los organismos de inteligencia en general y, más específicamente, incorporadas por el Estado en la Ley 1621 de 2013. Este importante avance, desde un punto de vista prospectivo, abre también un horizonte de posibilidades para la protección de los derechos humanos que podría explorarse en el futuro próximo.

150. El desarrollo acelerado de la tecnología y de los nuevos métodos de captura y difusión de datos personales ha traído consigo nuevos retos para la protección de los derechos humanos en el ámbito de los servicios de inteligencia. Esta evolución puede identificarse claramente en el propio caso *CAJAR vs. Colombia*. En un principio, las actividades de inteligencia denunciadas se realizaban a través de técnicas tradicionales como el seguimiento personal y la interceptación telefónica. Más recientemente, sin embargo, se han creado organismos especializados en ciberinteligencia, cuyo objetivo es obtener información de sus objetivos mediante, por ejemplo, el acceso a sus sistemas informáticos.

151. Los problemas jurídicos derivados de estas nuevas etapas del cambio tecnológico trascendieron el ámbito del consentimiento para el tratamiento de datos y empezaron a demandar cada vez más la necesidad de control de acceso de terceros a los dispositivos, bases de datos y sistemas que contenían esos datos, lo que exigía reconocer que las personas gozaban no sólo del derecho a la autodeterminación sobre los datos que les concernían, sino también del derecho a la integridad y confidencialidad de los sistemas de información que los albergaban, incluso como consecuencia lógica del derecho a la autodeterminación informativa. Se trata del imperativo de que las personas no sufran infiltraciones o manipulaciones indebidas en sus dispositivos personales (computadoras, teléfonos móviles etc.) con el fin de capturar y tratar datos personales. Añade a la idea de autodeterminación informativa la importancia de salvaguardar a los sujetos el control sobre los sistemas de recogida y almacenamiento de datos, y no sólo sobre sus datos considerados aisladamente¹²⁵.

¹²⁴ Sentencia, párr. 1059, y punto resolutivo 36: "El Estado procederá a la aprobación de la normativa necesaria para implementar los mecanismos o procedimientos razonables, ágiles, sencillos, gratuitos y eficaces que posibiliten el acceso y control de las personas a los datos que sobre ellas obren en los archivos de inteligencia, en congruencia con los alcances del derecho a la autodeterminación informativa, en los términos de los párrafos 1059 y 1060 de la presente Sentencia".

¹²⁵ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Orgs.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 219. Véase también HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. A Proteção Jurídica Fundamental da Confidencialidade e da Integridade dos Sistemas Técnicos de Informação de Uso Próprio. *Direito Público*, v. 18, n. 100, p. 457-499, 2021. p. 473-486.

Esto se debe a que el acceso indebido a estos sistemas como tales (por ejemplo, al disco duro de un *teléfono inteligente* o a la cuenta de alguien en un servicio en la nube) es particularmente intrusivo para la autonomía individual, ya que puede causar riesgos e incluso daños significativos a los derechos y libertades fundamentales de los interesados. En esta lógica, las filtraciones de datos, por ejemplo, especialmente las que están bajo protección estatal (que se encuentran en bases de datos centralizadas y son significativas en términos de cantidad y variedad), pueden conllevar riesgos de usurpación de identidad digital, fraudes financieros, estafas, acoso, intimidación, daños morales, materiales y de reputación, así como otras violaciones de los derechos humanos de las personas.

152. Estos sistemas encapsulan un perfil completo de los proyectos de vida de las personas: recuerdos familiares, actividades profesionales, relaciones románticas, preferencias de consumo y afinidades intelectuales y políticas. Es plausible afirmar que esta información puede encontrarse ahora más fácilmente en artefactos informáticos de este tipo que inspeccionando físicamente el domicilio de una persona. Por lo tanto, cuando se violan la confidencialidad y la integridad de estos sistemas, también se violan los planes de vida de las personas titulares de los datos que allí se encuentran.

153. En el ámbito interno, fue de nuevo el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una sentencia dictada en 2008, el pionero en reconocer esta garantía, basada en el artículo 2º, §1º (derecho al libre desarrollo de la personalidad), en combinación con el artículo 1º, §1º (principio de dignidad humana), de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949¹²⁶ .

154. En el caso en cuestión, el tribunal alemán evaluó la constitucionalidad de una ley que autorizaba a la policía del estado de Nordrhein-Westfalen a realizar registros secretos y a distancia de ordenadores personales, así como a vigilar las actividades en Internet de individuos considerados sospechosos. La decisión fue extremadamente hábil al detectar una laguna en la jurisprudencia sobre autodeterminación informativa que se había construido hasta entonces, a saber, el hecho de que la vulneración de estos sistemas entraña riesgos especiales. Incluso señaló que el acceso remoto y total escapa a la mera protección de la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia¹²⁷ .

155. Además, el Tribunal Constitucional extendió expresamente esta protección no sólo a los dispositivos instalados en lugares fijos (computadoras personales, servidores, etc.), sino también a los dispositivos móviles (teléfonos móviles, computadoras portátiles, etc.); y no sólo a los sistemas utilizados con fines personales, sino también a los destinados a un uso profesional¹²⁸ . También señaló que las limitaciones de este derecho, que dan lugar a la posibilidad de vigilar los sistemas informáticos, deben ser excepcionales y respetar condiciones muy estrictas¹²⁹ .

¹²⁶ Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 120, 274-350 (*Online-Durchsuchungen*) (2008).

¹²⁷ Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 120, 274-350 (*Online-Durchsuchungen*) (2008), párrafos 183-188, 191-195.

¹²⁸ Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 120, 274-350 (*Online-Durchsuchungen*) (2008), párrafo 203.

¹²⁹ Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 120, 274-350 (*Online-Durchsuchungen*) (2008), párr. 132: "Como medio cualificado de protección constitucional, el acceso [secreto a los sistemas de tecnología de la información por medios técnicos] requiere garantías procesales especiales. [...]. Habida cuenta de la proximidad de las medidas de registro y de vigilancia domiciliaria, debería estudiarse la posibilidad de condicionar el acceso a la autorización de un juez. En principio, debería existir una obligación de notificación. Además, los "registros online" deberían estar sujetos a elevados requisitos de

156. Este derecho, enunciado por el Tribunal Federal alemán, tiene dos vertientes principales: por un lado, protege el interés de la persona en garantizar la confidencialidad de los datos creados, tratados y almacenados en sus dispositivos y sistemas informáticos; por otro, pretende garantizar que la integridad de dichos dispositivos no se vea comprometida por el acceso y uso no autorizados por parte de terceros¹³⁰.

157. Se trata, por tanto, de un derecho que, aunque relacionado con el derecho a la autodeterminación informativa, por ser consecuencia lógica de éste, tiene un ámbito de protección y alcance propios que le otorgan autonomía dogmática, centrada en el deber de cuidado y diligencia del encargado del tratamiento con la información que se encuentra en su esfera de protección. Si la finalidad de la autodeterminación informativa es proteger la recogida y tratamiento de datos personales, bajo la premisa de garantizar el control y, siempre que sea posible, el consentimiento por parte del interesado, el derecho a la integridad del sistema pretende proteger el propio acceso al sistema informático. En otras palabras, mientras que la autodeterminación informativa garantiza que el individuo tenga acceso a sus datos, la integridad de los sistemas garantiza que nadie sin autorización pueda acceder a ellos. En definitiva, este derecho traslada la protección desde el control de los datos por parte de su titular (que incluye diversas garantías procedimentales, como el derecho de acceso a los mismos) a la protección de su integridad frente a terceros no autorizados, desde la propia infraestructura utilizada para almacenarlos¹³¹. Al mismo tiempo, el derecho a la integridad de los sistemas es una garantía que densifica el derecho a la autodeterminación informativa, en la medida en que persigue salvaguardar la integridad de la información para mantener los datos de la persona tal y como fueron recogidos, impidiendo alteraciones ilícitas que no tengan su origen en peticiones del propio interesado en el ejercicio concreto de su derecho a la autodeterminación informativa.

158. La sentencia del caso *CAJAR vs. Colombia*, aún sin aludir explícitamente a este derecho, es armónica en relación con sus principales vectores de protección. Lo hizo al enunciar como *estándar* -y posteriormente como garantía de no repetición- la exigencia de autorización judicial previa para cualquier forma de vigilancia que implique el acceso a bases de datos y sistemas de información no públicos que almacenen y traten datos personales¹³².

159. El reconocimiento del carácter autónomo del derecho a la autodeterminación informativa en la sentencia dictada en este caso, así como el establecimiento de *estándares* relativos a la limitación de la facultad estatal de interferir en el acceso a los *locus* de almacenamiento de datos personales, abren un prolífico horizonte de posibilidades para la futura aceptación del derecho a la integridad de los sistemas de información en el marco de la jurisprudencia interamericana.

160. Este próximo paso permitirá importantes avances en relación con los preceptos ya desarrollados en *CAJAR vs. Colombia*, así como la elaboración específica

proporcionalidad. Una medida de este tipo sólo puede ser la *ultima ratio* de una autoridad de protección constitucional, en vista de su carácter intrusivo." Nuestra traducción.

¹³⁰ Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 120, 274-350 (*Online-Durchsuchungen*) (2008), párr. 204

¹³¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. A Proteção Jurídica Fundamental da Confidencialidade e da Integridade dos Sistemas Técnicos de Informação de Uso Próprio. *Direito Público*, v. 18, n. 100, p. 457-499, 202, p. 476.

¹³² Sentencia, párr. 553.

del sentido y alcance de la protección que deben otorgar los Estados en relación con la integridad y confidencialidad de las infraestructuras de información.

IV. La consolidación del derecho a defender los derechos humanos

161. La condición simultánea de defensores de los derechos humanos, por un lado, y de abogados y periodistas, por otro, compartida por las víctimas en este caso, exigió a la Corte IDH la reflexión atenta a respeto de las salvaguardas específicas de protección que deben otorgarse a estas categorías para que puedan desempeñar libremente sus funciones, esenciales para las sociedades democráticas.

162. La persecución sistemática y reiterada de los miembros del Colectivo a lo largo de más de 30 años permite concluir que las violaciones no son episodios puntuales, sino que revelan un verdadero carácter estructural y forman parte del *modus operandi* del Estado para tratar a los opositores políticos. Después de tres décadas de privación de derechos, los miembros del CAJAR y, en general, los defensores de los derechos humanos en Colombia¹³³, han visto comprometidas sus actividades por la sombra constante de las amenazas, el acoso y otras formas de violencia e intimidación.

163. Como tuve oportunidad de señalar al inicio de este voto, el ejercicio de la función de defensa de los derechos humanos, objeto principal de la misión del CAJAR, era inaceptable para el Estado, pues contrastaba con sus objetivos militares en el conflicto armado del país¹³⁴. El principio que guió la conducta del gobierno y de los grupos paramilitares que lo apoyaron fue, en última instancia, la deshumanización de quienes participaban en actividades consideradas subversivas, reducidos a la calidad de "enemigos"¹³⁵. Esta lógica permitió el uso de los métodos más sórdidos - ejecuciones extrajudiciales, masacres, desapariciones forzadas, torturas y desplazamientos masivos - bajo la promesa de garantizar el orden y la seguridad, dando lugar a brutales violaciones de los derechos humanos que han sido ampliamente documentadas en los anales de la Corte IDH¹³⁶.

164. Al reconocer que los combatidos por el Estado *tienen derechos* y atreverse a defenderlos, organizaciones como el CAJAR se colocaron como obstáculo al proyecto represivo que había contaminado el aparato estatal. Al hacerlo, los defensores también se convirtieron en enemigos. Las recurrentes declaraciones de las más altas autoridades públicas calificando a los miembros del Colectivo de "guerrilleros", "terroristas" y "traidores a la patria" y de "brazo legal" de la lucha armada son prueba

¹³³ Sentencia, pp. 140-143.

¹³⁴ Corte IDH. *Caso Miembros y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, párr. 186

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Miembros y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, párr. 186.

¹³⁶ A título de ejemplo, vide Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148; Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192; Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248; Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287; Corte IDH. *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341; Corte IDH. *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455.

inquebrantable de la posición a la que fueron relegados a los ojos del gobierno por el papel que cumplían¹³⁷.

165. La labor de defensa de los derechos humanos se equiparó a la propia actividad considerada subversiva y atrajo el afán persecutorio del Estado, aunque en forma de métodos diferentes a los utilizados en la confrontación directa con los grupos armados. La espina dorsal del plan militar en este caso era imponer el *miedo*, materializado en forma de amenazas de muerte, intimidación y vigilancia continua.

166. El objetivo primordial de aterrorizar a los miembros del Colectivo hizo que las amenazas sobrepasaran el nivel de los ataques personales y alcanzaran a sus familias. El espionaje y la invasión de la privacidad se convirtieron en prácticas comunes, inspiradas no sólo por el propósito de seguir todos los movimientos de sus objetivos, sino también para obtener acceso a la estrategia de litigio del CAJAR en los casos ante los tribunales nacionales y el SIDH, lo que permitió proporcionar a los órganos de defensa legal del Estado información recopilada clandestinamente.

167. Este último ejemplo es una muestra cristalina del alcance del cerco establecido por las fuerzas de inteligencia del Estado en torno a las víctimas. Los medios para hacer inviable su ejercicio profesional iban desde el intento de disuadirlas mediante el terror hasta la transposición del espíritu de combate al ámbito jurídico-procesal.

168. El espionaje como política de Estado ha producido efectos que van más allá de la vida de los miembros del CAJAR y de sus familias, y afecta *in totum* a las personas dedicadas a la defensa de los derechos humanos en la sociedad. En términos colectivos, el uso recurrente de actividades de inteligencia contra grupos considerados opositores ha producido un verdadero efecto amedrentador (*chilling effect*)¹³⁸, disuadiendo a muchos de ejercer plenamente sus actividades, esenciales para las sociedades democráticas.

169. Esta comprensión de las proporciones individuales y colectivas de la restricción a la defensa de los derechos humanos ha sido recurrente en la jurisprudencia interamericana desde el caso *Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006)*¹³⁹, cuando la Corte se pronunció por primera vez sobre la necesidad de que el Estado provea los medios y se abstenga de imponer obstáculos al libre ejercicio de las actividades de defensa de los derechos humanos, así como de proteger la vida y la integridad física de los defensores e investigar seriamente las denuncias de riesgos a la vida de dichas personas.

170. Las prácticas del Estado colombiano en este caso han ido más allá de las obligaciones establecidas en el cuerpo de precedentes de la Corte IDH. Los relatos recogidos en la sentencia distan mucho de ser exhaustivos y sólo ejemplifican la profunda magnitud de las violaciones. Además, las experiencias traumáticas sufridas por las víctimas obligaron a la Corte IDH a prestar especial atención a las medidas de no repetición. La contribución del caso *CAJAR vs. Colombia*, sin embargo, va más allá de las reparaciones cuidadosamente establecidas, y se manifiesta también en la forma del innovador reconocimiento autónomo de este derecho a defender los derechos.

¹³⁷ Sentencia, párr. 696.

¹³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, página 96; Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, página 153.

¹³⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Nogueira de Carvalho y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Sentencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 76.

171. Las violaciones identificadas en este caso, aunque inseparables del contexto del conflicto armado colombiano, no deben ser tomadas como un problema focalizado en el Estado de Colombia. La jurisprudencia interamericana muestra claramente que los ataques contra quienes defienden los derechos humanos están presentes de manera reiterada en contextos de violaciones sistemáticas de derechos.

172. Han sido innumerables los casos analizados por la Corte IDH al respecto, desde muertes violentas en defensa de predios rurales¹⁴⁰, territorios indígenas¹⁴¹, interceptaciones telefónicas¹⁴², hostilidades¹⁴³ y hasta los más graves casos de impunidad estructural¹⁴⁴ en relación con violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, al honor, a la intimidad, y a la participación política. Y es que silenciar a estos actores es uno de los pasos necesarios para que un Estado pueda llevar a cabo cualquier empresa que implique la supresión masiva de los derechos humanos. El desprecio del derecho a defender los derechos es, por tanto, el epítome de la propia negación de los derechos humanos.

173. Precisamente por ello, la prerrogativa de defenderlos debe ser elevada a la categoría de derecho autónomo. Este importante reconocimiento refleja la necesaria comprensión de que la persecución de los defensores no es el resultado de ataques ocasionales o aislados contra ellos por razones contingentes, sino parte intrínseca de movimientos más amplios de violación de derechos, lo que exige una protección convencional específica y reforzada para garantizar el libre ejercicio profesional de estos agentes indispensables para las sociedades democráticas.

174. Por ello, es razonable que la Corte IDH considere necesario reconocer la autonomía del derecho a defender los derechos humanos, poniendo en práctica la señal dada en el caso *Digna Ochoa vs. México*, en el que se declaró competente para establecer su justiciabilidad directa respecto de este derecho¹⁴⁵. El carácter de *res interpretata*¹⁴⁶ de los precedentes de la Corte IDH contribuye a que los criterios establecidos por esta sentencia puedan extenderse por todo el continente y fortalecer el ámbito de protección de las actividades de defensa de los derechos humanos en América Latina, convirtiéndose en un verdadero parámetro de control de convencionalidad en los tribunales internos.

175. Aunque las obligaciones en torno a la protección de los defensores de derechos humanos tomaron su primera forma en la jurisprudencia interamericana en 2006, sólo en 2008 la expresión "derecho a defender los derechos humanos" fue incorporada al léxico de la Corte IDH en el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, que involucró las fallas en el proceso de investigación y juzgamiento de los responsables de la muerte del defensor de derechos humanos Jesús María Valle

¹⁴⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Sales Pimenta vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454.

¹⁴¹ Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Xucuru y sus Miembros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.

¹⁴² Cfr. Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

¹⁴³ Cfr. Corte IDH. *Caso Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361.

¹⁴⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Sales Pimenta vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párr. 145.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Digna Ochoa y Familia Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Serie C No. 447, párr. 34.

¹⁴⁶ Sobre *res interpretata*, ver: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*). *Estudios constitucionales*, v. 11, n. 2, p. 641-693, 2013.

Jaramillo en Medellín¹⁴⁷ . En ese caso, la Corte IDH reconoció que el deber de crear las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos contenidos en la Convención presuponía la protección y el reconocimiento de la importancia del papel desempeñado por las personas dedicadas a esta misión .

176. Desde las primeras menciones al término "derecho a defender los derechos humanos", la Corte IDH ha delimitado el alcance de los *estándares de* protección de los defensores de derechos humanos en numerosas sentencias como *Kawas Fernández vs. Honduras* (2009)¹⁴⁸ , *Escher y otros vs. Brasil* (2009)¹⁴⁹ y *Fleury y otros vs. Haití* (2011)¹⁵⁰ . La extensa cadena de precedentes en torno al tema ha permitido a la Corte IDH consagrar el deber de prevención estatal en casos de "riesgo estructural" en relación con la protección de los derechos humanos, como ocurrió en el caso *Castillo González y otros vs. Venezuela* (2012) ¹⁵¹.

177. En este último caso, aunque la Corte IDH rechazó la pretensión de reconocer la situación de riesgo estructural para la vida de los defensores de derechos humanos alegada por la Comisión y por los representantes, la Corte sostuvo que tal riesgo se configura cuando "*las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y que no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo*"¹⁵² . El presente caso permite vislumbrar una situación similar.

178. Basta señalar que, aunque el Estado colombiano ha adoptado medidas de seguridad, éstas han resultado insuficientes para salvaguardar la integridad personal de los miembros del Colectivo. La evidencia de la existencia de una práctica sistemática y generalizada de violación de los derechos humanos es notoria en el caso del CAJAR, que comprende actividades encubiertas de inteligencia - contrarias a las normas internacionales de derechos humanos - realizadas por las más altas autoridades políticas y militares del país.

179. La existencia de una situación flagrante de riesgo da lugar a la obligación estatal de adoptar medidas especiales de protección a las víctimas en los términos de las obligaciones evocadas por la Corte IDH en *Castillo González y otros vs. Venezuela* (2012)¹⁵³ . El caso *CAJAR vs. Colombia*, en cambio, es sintomático en tanto revela precisamente el comportamiento opuesto del Estado. El Estado se mostró incapaz de llevar a cabo medidas adecuadas y suficientes para salvaguardar la seguridad de los miembros del Colectivo, como consecuencia no sólo de la negligencia, sino de la práctica intencional de actos hostiles, violentos e invasivos, a través del aparato institucional de seguridad nacional.

¹⁴⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 96.

¹⁴⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

¹⁴⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

¹⁵⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Fleury y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.

¹⁵¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 127.

¹⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 128.

¹⁵³ Cfr. Corte IDH. *Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párr. 131.

180. La sentencia del caso *Luna López vs. Honduras (2013)* estableció que además del deber de prevención en casos de "riesgo estructural", el Estado también tiene la obligación de prevenir violaciones al derecho a la vida e integridad personal de los defensores de derechos humanos en casos de "riesgo real e inmediato". Para ello, se establecieron dos criterios para verificar la existencia de tales situaciones, a saber: (i) si al momento de los hechos, las autoridades conocían o debían conocer los riesgos a la vida e a la integridad personal de los defensores de derechos humanos; y (ii) la no adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo¹⁵⁴.

181. Aunque a primera vista podría argumentarse que el Estado colombiano ha cumplido con sus obligaciones al otorgar medidas de seguridad a los miembros del Colectivo CAJAR¹⁵⁵, la Corte IDH fue enfática en señalar que los mecanismos de protección adoptados deben seguir criterios objetivos de idoneidad y necesidad para ser establecidos. Por lo tanto, "*el Estado debió maximizar esfuerzos y utilizar todos los recursos disponibles y pertinentes para preservar su vida, entre otros, a través del otorgamiento de medidas de seguridad y protección personal para continuar desarrollando su trabajo, así como realizar las gestiones necesarias para investigar de manera inmediata y efectiva todas las amenazas recibidas*"¹⁵⁶.

182. La precisión de las medidas de seguridad adoptadas por el Estado es fundamental para que las mismas sean adecuadas y efectivas, tal como se afirmó en *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala (2014)* y *Yarce y otras vs. Colombia (2016)*¹⁵⁷. En ambas ocasiones, la Corte IDH estableció criterios objetivos para valorar la idoneidad y eficacia de las medidas de seguridad otorgadas, a saber¹⁵⁸:

a) sean acordes con las funciones que desempeñan las defensoras y los defensores; b) el nivel de riesgo debe ser objeto de una evaluación a fin de adoptar y monitorear las medidas que se encuentren vigentes; y c) deben poder ser modificadas según la variación de la intensidad de riesgo. Para tales efectos, es necesario que la modalidad de las medidas de protección sea acordada en consulta con las defensoras y los defensores para concretar una intervención oportuna, especializada y proporcional al riesgo que pudiera enfrentar el defensor o defensora. A su vez, el enfoque de género debe tener especial importancia dentro del procedimiento de evaluación del riesgo, ya que podría traducirse en un impacto diferenciado del nivel de riesgo, así como en la implementación de las medidas de protección. Para la efectividad de las medidas resulta esencial: a) una respuesta estatal inmediata desde el primer momento en que toma conocimiento de la existencia del riesgo, para que sean oportunas; b) que las personas que intervienen en la protección a defensoras y defensores cuenten con la capacitación y entrenamiento necesario para desempeñar sus funciones y sobre la importancia de sus acciones; y c) deben estar en vigor durante el tiempo que las víctimas de violencia o amenazas lo necesiten.

183. El sólido repertorio de precedentes de la Corte IDH en materia de protección de los derechos individuales de las defensoras y defensores de derechos humanos contribuye reconociendo violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, al honor y a la intimidad, a la asociación, a la participación política y a otros derechos en sus diversas manifestaciones. Sin embargo, en este amplio acervo jurisprudencial

¹⁵⁴ Cf. Corte IDH. Caso *Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 124.

¹⁵⁵ Sentencia, párrafos 158-162.

¹⁵⁶ Cf. Corte IDH. Caso *Luna López vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 137.

¹⁵⁷ Cfr. Corte IDH. Caso *Yarce y Otros vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 193.

¹⁵⁸ Corte IDH. Caso *del Defensor de los Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 157.

construido a lo largo de 15 años de construcción interpretativa (2006-2022), ha prevalecido la lógica de declarar múltiples violaciones a los derechos antes enumerados, que operan de manera separada o simultánea, pero sin converger entre sí ni tener un hilo conductor que los interconecte.

184. A través de la autonomía del derecho a defender los derechos humanos, la Corte IDH ha sacralizado el punto de partida que debe adoptarse para entender la responsabilidad internacional del Estado de proteger a los defensores en su verdadera dimensión, que es reconocer estas obligaciones como derivadas de un escenario estructural y sistemático de impunidad y omisiones investigativas que tiene un efecto aterrador en la sociedad y limita el ejercicio de vigilancia y denuncia a favor de la defensa de los derechos humanos en el continente¹⁵⁹.

185. Por lo tanto, las violaciones específicas a los derechos a la vida, a la integridad personal, al honor, a la intimidad, y a la participación política adquieren mayor relevancia cuando se cruzan bajo el paraguas de la protección del derecho a defender los derechos humanos, entendido como producto del riesgo estructural inherente a la defensa de los derechos humanos en América Latina. En términos prácticos, esta percepción sistemática e integradora permite a la Corte IDH ceñirse a lo esencial de su misión protectora, deduciendo obligaciones específicamente diseñadas para garantizar la protección y el libre ejercicio de las personas que cumplen esta función.

186. El caso *Sales Pimenta contra Brasil* (2022), por ejemplo, es paradigmático por reconocer "una situación de impunidad estructural relacionada con la violencia contra las personas defensoras de derechos humanos de los trabajadores rurales" en Brasil¹⁶⁰. La Corte IDH dictaminó que, además de afectar el derecho a la vida del Sr. Sales Pimenta, quien fue asesinado en las circunstancias de un conflicto agrario, el Estado también debe cuidar de la vida de otros defensores de derechos humanos mediante la creación de un grupo de trabajo con el objetivo de elaborar políticas públicas para identificar las causas, consecuencias y erradicar la impunidad estructural.

187. Los casos brasileños *Sales Pimenta Vs. Brasil* (2023) y *Escher y otros Vs. Brasil* (2009) también ponen de relieve otro fenómeno que puede observarse en los acontecimientos vividos por los miembros del CAJAR y otros defensores de los derechos humanos en América Latina, a saber, la criminalización de sus actividades¹⁶¹.

188. Bajo este sesgo, actividades como interceptaciones telefónicas, seguimientos y otras formas de vigilancia son toleradas y realizadas por el propio Estado bajo la justificación de la "peligrosidad" de las acciones llevadas a cabo por los defensores. En el caso del colectivo CAJAR, no existían mecanismos adecuados para que los implicados pudieran presentar denuncias en situaciones de amenaza o riesgo, ni condiciones para erradicar las violaciones, ya que el Estado estaba intrínsecamente vinculado a los delitos que se les dirigían¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 88.

¹⁶⁰ Cf. Corte IDH. *Caso Sales Pimenta vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párr. 145.

¹⁶¹ Sobre el tema, ver: CIDH. *Criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos*, 2015. Disponible en oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf.

¹⁶² Cf. Corte IDH. *Caso del Defensor de los Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, página 142.

189. En términos prácticos, el reconocimiento del derecho a defender los derechos humanos presenta un nuevo campo de posibilidades para la interpretación de la Convención al reconocer que América Latina es un continente con un amplio repertorio de persecuciones, amenazas y hostilidades contra los defensores de derechos humanos que llevan las violaciones al nivel de sistematicidad. Ampliar el horizonte interpretativo implica también reflexionar sobre medidas de no repetición orientadas a identificar causas, consecuencias, efectos y políticas públicas para erradicar la violencia estructural.

V. La protección convencional de abogados y periodistas

190. La sentencia en este caso, además de los desarrollos jurisprudenciales expuestos hasta ahora en este voto, se ocupó de establecer estándares de protección reforzada para determinadas categorías profesionales particularmente afectadas por la conducta de los agentes de inteligencia, especialmente abogados y periodistas. En las dos secciones siguientes, profundizaré en las obligaciones del Estado y en la interpretación que debe darse a la sentencia en relación con las garantías relativas a) a los abogados y b) a los periodistas, respectivamente.

a. Medidas de protección del ejercicio de la abogacía

191. La condición de defensores de derechos humanos de los miembros del CAJAR, ampliamente demostrada en la Sentencia, fue la fuerza gravitatoria que atrajo el escrutinio arbitrario de los servicios de inteligencia sobre la vida privada de las víctimas durante 30 años, así como las incesantes hostilidades dirigidas a disuadir e imposibilitar su labor profesional. Como hemos visto, fue esta constelación de factores la que llevó a la Corte IDH a declarar, por primera vez, la violación autónoma de un *derecho a defender derechos*.

192. El apelativo "defensor de los derechos humanos", sin embargo, es una denominación común compartida por una miríada de categorías funcionales, que designa las diversas formas en que puede desempeñarse el oficio de proteger a la persona humana, en todos sus aspectos. En este caso, la misión de defensa de los derechos humanos fue llevada a cabo por los miembros del CAJAR a través de la abogacía. Como su acrónimo indica, la organización era ante todo un *colectivo de abogados*.

193. Esta característica no es un elemento secundario, sino la clave de comprensión a partir de la cual deben interpretarse y aplicarse las garantías procedimentales derivadas del derecho a defender derechos y del derecho a la autodeterminación informativa. La condición de abogado conlleva un régimen propio de prerrogativas que destacan entre los estándares generales establecidos en la sentencia en relación con la protección de los defensores de los derechos humanos. Sobre todo, las medidas de protección de los abogados, en el contexto convencional, son inseparables del propio postulado de la independencia judicial.

194. Este núcleo especial de protección deriva de la propia Convención, cuando consagra en su artículo 8.2.d el papel esencial del abogado en la salvaguarda de los derechos humanos contenidos en la misma. La Convención también reconoce que el acusado tiene derecho a ser asistido por un abogado de su elección, con el que podrá

comunicarse libremente y en privado, y que debe disponer del tiempo suficiente y de los medios adecuados para preparar su defensa.

195. La sentencia del caso *CAJAR vs. Colombia* conformó por primera vez estos preceptos convencionales en la forma de obligaciones específicas que deben ser observadas por los Estados en relación con las prerrogativas del ejercicio profesional de los abogados. Más que una elucidación derivada de un caso específico, estos estándares constituyen un capítulo de una tradición mucho más amplia de la jurisprudencia interamericana, preocupada por la construcción de garantías de independencia en el sistema de justicia.

196. Esta tradición se remonta al proceso de progresiva ampliación del ámbito de protección de la independencia funcional, originalmente otorgada a los magistrados bajo la denominación de independencia judicial, tal como se reconoce desde el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú (2001)*¹⁶³. A partir del caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela (2009)*¹⁶⁴, la principal vía de protección se ha establecido desde la perspectiva de la protección de la permanencia en el cargo público frente a intentos de remoción arbitraria, a partir de la interpretación evolutiva del artículo 23.1.c de la Convención, reproducida posteriormente en los casos *Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011)*¹⁶⁵, *Corte Constitucional vs. Ecuador (2013)*¹⁶⁶ y *López Lone vs. Honduras (2015)*¹⁶⁷.

197. Las garantías de independencia judicial se desarrollaron a partir del concepto de que su contenido jurídico se manifiesta en dos dimensiones. La primera se refiere a la protección subjetiva del juez frente a presiones externas. La segunda corresponde a la faceta institucional, correlativa a la autonomía del Poder Judicial como Sistema de Justicia¹⁶⁸. Respecto de esta última, tuve oportunidad de profundizar sobre el tema en un conjunto de votos que realicé junto al Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, en uno de los cuales señalamos que "*la protección de los jueces se constituye como un elemento fundamental de la democracia, en la medida que es el Poder Judicial quien se erige como garante de los derechos humanos frente a los abusos del poder. De ahí que salvaguardar la independencia del Poder Judicial es también una forma de garantizar la protección de los derechos humanos de las personas*"¹⁶⁹.

198. Esta concepción de la protección sistémica ha permitido a la Corte IDH extender las vertientes de protección originalmente situadas bajo el principio de independencia judicial más allá de la función jurisdiccional. El poder judicial, aunque

¹⁶³ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73

¹⁶⁴ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrs. 138-139

¹⁶⁵ Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

¹⁶⁶ Corte IDH. *Caso de la Corte Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

¹⁶⁹ Corte IDH. *Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2023. Serie C No. 483. Voto de los Jueces Eduardo Ferrer MacGregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 16. En el mismo sentido, véanse nuestros votos en los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Benites Cabrera y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de octubre de 2022. Serie C No. 465 y Corte IDH. *Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú. Excepciones Preliminares y Sentencia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 509.

ejercido por magistrados, no opera de forma aislada. A su alrededor existe un verdadero ecosistema de profesionales, del sector público o privado, que se dedican a la administración de justicia y a la protección de los derechos de los ciudadanos.

199. Así, en las sentencias *Martínez Esquivia vs. Colombia*¹⁷⁰ y *Casa Nina vs. Perú*¹⁷¹, ambas de 2020, la Corte IDH reconoció que la tutela derivada del artículo 23 no se limitaba a los jueces, sino que incluía también la actividad de los fiscales, quienes también debían ser defendidos frente a las amenazas de destitución arbitraria, pues el ejercicio de la potestad de persecución penal y la consecuente instauración de procesos judiciales por parte de estos agentes requiere que puedan ejercer sus funciones con independencia y objetividad¹⁷². En este sentido se ha pronunciado la Corte IDH:

A partir de lo indicado, la Corte considera que las garantías a un adecuado proceso de nombramiento, a la inamovilidad en el cargo y a ser protegidos contra presiones externas también amparan la labor de las y los fiscales. De otro modo, se pondrían en riesgo la independencia y la objetividad que son exigibles en su función, como principios dirigidos a asegurar que las investigaciones efectuadas y las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales se dirijan exclusivamente a la realización de la justicia en el caso concreto, en coherencia con los alcances del artículo 8 de la Convención. A ese respecto, cabe agregar que la Corte ha precisado que la falta de garantía de inamovilidad de las y los fiscales, al hacerlos vulnerables frente a represalias por las decisiones que asuman, conlleva violación a la independencia que garantiza, precisamente, el artículo 8.1 de la Convención¹⁷³.

200. También bajo el paraguas de los derechos políticos amparados por el artículo 23, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la remoción arbitraria de una funcionaria administrativa del Poder Judicial en el caso *Moya Solís vs. Perú* (2021), destacando que, si bien no se trataba de una magistrada o fiscal, las competencias atribuidas a la víctima para el desempeño de tareas esenciales para la administración de justicia justificaban la incidencia de la tutela convencional. Al declarar que se había violado el derecho a permanecer en la función pública, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

110. Además, la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo de funcionarios del poder judicial, como era el caso de la señora Moya Solís, garantiza la libertad frente a toda injerencia o presión, lo que resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que quienes ejercían el cargo de Secretarios Judiciales en Perú, para la fecha de los hechos, eran los encargados de presentar al juez los recursos y escritos presentados por las partes; autorizar las diligencias procesales expedidas por el juez; notificar las resoluciones del juzgado, y conservar y custodiar los expedientes a su cargo, entre otras responsabilidades de relevancia para la correcta administración de justicia¹⁷⁴.

201. Este último caso confirma el desplazamiento del eje de protección desde la posición subjetiva del magistrado hacia una mirada más amplia del Sistema Judicial en su conjunto -es decir, de la propia *administración de justicia*- y de las piezas esenciales a su funcionamiento regular. El caso *CAJAR vs. Colombia* sacraliza este

¹⁷⁰ Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Financiación y Reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párrs. 86-88.

¹⁷¹ Corte IDH. *Caso Casa Nina vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419.

¹⁷² Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párr. 87.

¹⁷³ Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párr. 88.

¹⁷⁴ Corte IDH. *Caso Moya Solís vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de junio de 2021. Serie C No. 425, párr. 110.

proceso, aún sin enunciarlo explícitamente, al insertar a los abogados en esta cadena de precedentes que se ha ido construyendo paulatinamente en la jurisprudencia interamericana.

202. Los estándares establecidos en la Sentencia, a los que me referiré con más detalle a continuación, responden a las premisas que inspiraron la concepción de la independencia judicial de la Corte IDH, con el objetivo de garantizar que los abogados puedan representar y defender a sus clientes de forma autónoma y libre de interferencias que pongan en peligro el desempeño de su labor, esencial para el debido proceso legal. No se trata, por tanto, de meras salvaguardas individuales dirigidas subjetivamente a los abogados, sino de medidas que se correlacionan con el aspecto institucional de la garantía de la independencia judicial, ya que pretenden preservar una faceta esencial de la administración de justicia.

203. Reitero este aspecto de la sentencia, porque es fundamental para entender su alcance y función en la cadena de precedentes que integra: la protección convencional otorgada a los abogados no deriva únicamente del derecho subjetivo que ostentan, ni de su condición de defensores de derechos, sino de la función básica que cumplen en el sistema de justicia.

204. Desde este ángulo principal, la protección de las prerrogativas y derechos de los abogados es un corolario de la propia independencia judicial, que, una vez extendida a otros actores del sistema de justicia, también incluye necesariamente a los abogados, como se reconoce en numerosas Constituciones de países signatarios de la Convención.

205. De hecho, en varios sistemas constitucionales de la región, el derecho a la asistencia jurídica profesional está incluido en la lista de derechos fundamentales de los ciudadanos, como es el caso de Colombia¹⁷⁵, Costa Rica¹⁷⁶, Ecuador¹⁷⁷, Paraguay¹⁷⁸, Uruguay¹⁷⁹, entre otros. Algunas Constituciones, como la de Brasil, van más allá, describiendo al abogado como "*agente indispensable a la administración de justicia*". Esta concepción de la naturaleza *institucional* del papel que desempeñan se ha incorporado, desde el caso *CAJAR vs. Colombia*, a la jurisprudencia de la Corte IDH a través de las prerrogativas establecidas en la sentencia.

¹⁷⁵ Constitución Política de Colombia, art. 29: Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. **Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;** a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

¹⁷⁶ Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 39. A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, **previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa** y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

¹⁷⁷ Constitución de Ecuador, art. 76.7.g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

¹⁷⁸ Constitución Nacional del Paraguay, art. 17: En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; 6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo; 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación.

¹⁷⁹ Constitución de la República Oriental del Uruguay, art. 16. En cualquiera de los casos del artículo anterior, el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario. **La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.**

206. La garantía de la independencia de las funciones del Sistema Judicial, por tanto, no se vincula exclusivamente a la protección de los funcionarios públicos - jueces, fiscales y empleados del Poder Judicial-, sino que también incluye salvaguardas para el ejercicio profesional independiente de los abogados, sin los cuales no sería posible concebir la defensa de los derechos humanos ante los tribunales.

207. Sin embargo, la vía de protección convencional a los abogados no se promueve través de la garantía de estabilidad en el cargo público, sino a través de prerrogativas que tienen por objeto establecer las condiciones esenciales para la libre representación de sus clientes, incluido el secreto de las comunicaciones, por lo que no es necesario acudir a la interpretación evolutiva del art. 23 de la Convención para derivar de él las obligaciones estatales de protección, tal y como las ha operativizado la Corte IDH en relación con magistrados, fiscales y otros funcionarios públicos, ya que derivan de la propia literalidad del art. 8.2.

208. Aunque el destinatario principal de estas garantías es el *acusado*, el mandato de protección que emana de ellas trasciende la esfera de los derechos subjetivos de éste. La Convención sería palabra vacía si los Estados y sus respectivos sistemas de justicia no fueran capaces de garantizar la independencia y el libre ejercicio profesional de los defensores mencionados en el artículo 8.

209. Los abogados son la primera trinchera en la defensa de los derechos humanos, pues a ellos suelen acudir en primer lugar las víctimas que han sido perjudicadas por la arbitrariedad estatal. Es precisamente con este espíritu que, en el caso *Cortez Espinosa vs. Ecuador* (2022), la Corte IDH señaló que, al impedir que el imputado cuente con la asistencia de un abogado en actos centrales del proceso, el Estado impone una severa limitación al derecho de defensa y provoca un desequilibrio procesal, dejando al individuo sin protección frente al ejercicio del poder punitivo¹⁸⁰.

210. Estos principios son compartidos por las Naciones Unidas, que reconocen que el acceso a un asesoramiento jurídico independiente es una condición indispensable para " la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar". También sitúan el derecho a la asistencia jurídica como corolario de la primacía de la ley y fundamento del disfrute de otros derechos, como el derecho a un juicio justo¹⁸¹.

211. La sentencia, por su parte, tampoco ignoró estos parámetros. Este caso gira en torno a las actividades sistemáticamente implementadas por los organismos de inteligencia con el objetivo no sólo de vigilar sino también de impedir las actividades profesionales de los abogados del CAJAR en defensa de sus clientes. Los métodos implicaron, además de la interceptación de las comunicaciones y el seguimiento personal, el estudio de la estrategia de litigio del Colectivo en las causas ante la Corte IDH, con el objetivo de proporcionar clandestinamente a la representación legal del Estado apoyo argumentativo para impugnar la defensa de las víctimas¹⁸².

¹⁸⁰ Corte IDH. *Caso Cortez Espinoza vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de octubre de 2022. Serie C No. 468. párr. 95.

¹⁸¹ Organización de las Naciones Unidas, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1.

¹⁸² Sentencia, párr. 337.

212. Frente a los recurrentes intentos del Estado de socavar cualquier condición para el ejercicio independiente de la profesión de abogado, la sentencia *del CAJAR* se destacó por cristalizar los principios generales de protección de los defensores de derechos humanos en la forma de garantías procesales específicas relativas a la actuación profesional de los abogados en el curso de operaciones de inteligencia. Para ello, reconoció que el ejercicio de tales actividades debe respetar la inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, garantía que se extiende a su lugar y equipamiento de trabajo, su correspondencia y cualquier otro medio de comunicación utilizado para el ejercicio regular de su profesión¹⁸³.

213. Del mismo modo, la sentencia estableció que cualquier operación de inteligencia dirigida contra abogados sólo puede llevarse a cabo con autorización judicial, y que corresponde al magistrado verificar la presencia de indicios de actos ilegales y demostrar la proporcionalidad de la medida en el caso concreto¹⁸⁴. La Corte IDH también ha subrayado que cualquier información obtenida irregularmente en el curso de las operaciones debe ser descartada *ex officio* por las autoridades de investigación.

214. La incorporación de estos *estándares* en la sentencia del caso CAJAR constituye un paso fundamental en la jurisprudencia interamericana y muestra la convergencia de dos vectores fundamentales del *decisium*: por un lado, la concreción de las obligaciones estatales en relación con la afirmación del derecho a defender derechos y, por otro, la imposición de límites objetivos a las incursiones de los poderes públicos en el ámbito íntimo bajo el umbral del derecho a la autodeterminación informativa.

215. En vista de las condiciones establecidas en la sentencia, bajo las cuales la vigilancia estatal de los abogados está convencionalmente justificada, creo que es pertinente hacer algunos comentarios sobre la interpretación de los *estándares* planteados en la sentencia. En mi opinión, la hermenéutica correcta de las directrices establecidas en ella es aquella que reconoce que las actividades de inteligencia -e incluso las de investigación criminal- no siempre pueden tener por objeto el ejercicio de la abogacía. Por el contrario, esta hipótesis debe ser absolutamente excepcional y, en algunos casos, prohibida *per se*.

216. Es en este último sentido que debe entenderse la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones entre abogado y cliente: se trata de una inviolabilidad *absoluta*. En otras palabras, la comunicación entre abogado y cliente, cuando está relacionada con la defensa técnica de este último, no puede, ni siquiera con autorización judicial, ser objeto de escrutinio por parte de organismos policiales o de inteligencia. La palabra "comunicación" debe leerse en un sentido amplio: incluye no sólo la comunicación escrita u oral, por cualquier medio, sino también el lugar de trabajo y de residencia del abogado, abarcando todos los documentos, así como todo tipo de información relativa a los clientes y las plataformas y dispositivos en los que se almacena esta información¹⁸⁵.

217. Tal concepción del alcance de estos *estándares* no es ajena a la jurisprudencia de la Corte IDH. En el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, ante la divulgación de una

¹⁸³ Sentencia, párr. 560.

¹⁸⁴ Sentencia, párr. 561.

¹⁸⁵ Informe del Relator Especial de la ONU sobre la independencia de los magistrados y abogados (Doc. ONU A/71/348, 22 de agosto de 2016, párr. 48).

conversación telefónica entre la víctima, que era abogado, y su representante, la Corte IDH señaló que este tipo de comunicaciones deben gozar de un mayor grado de protección en virtud del secreto profesional¹⁸⁶. Este "mayor grado de protección" al que se refiere el precedente sólo puede entenderse como un límite infranqueable a la prospección por parte del Poder Público.

218. En otras palabras, cualquier tipo de contacto privado entre particulares presupone el secreto, lo que significa que el acceso a su contenido sólo está permitido mediante una decisión judicial que lo autorice en circunstancias que se ajusten a la ley y a la Convención¹⁸⁷. Si la comunicación profesional de un abogado está sometida a la salvaguarda *reforzada del secreto*, no es posible concluir que el mero control judicial previo sea suficiente para desvelar su contenido. Si así fuera, quedaría bajo la regla general del secreto, y no bajo el manto del secreto profesional.

219. En estos términos, el postulado de que "cualquier operación de inteligencia en este ámbito únicamente podrá realizarse con autorización judicial previa, correspondiendo al juez competente decidir acerca de (i) la presencia de indicios sobre la práctica de actos ilícitos, y (ii) la proporcionalidad de la medida dispuesta en el caso concreto"¹⁸⁸ debe leerse de forma restringida a los casos en los que exista una sospecha fundada de actos ilícitos por parte del profesional, y no como un permiso amplio para que las organizaciones de inteligencia lleven a cabo acciones de vigilancia contra los abogados, aunque estén respaldadas por la aprobación de la justicia.

220. La actividad de control debe limitarse única y exclusivamente a la investigación de posibles conductas ilícitas del abogado y nunca puede invadir el campo inmaculado de su activismo profesional en defensa de sus clientes y de sus comunicaciones con éstos. Tales medidas no pueden servir de atajo al Estado para vigilar y perseguir al cliente a través de su abogado.

221. Así, la regla canónica de que los abogados no deben confundirse con sus clientes o las causas de sus clientes como consecuencia del ejercicio de sus funciones¹⁸⁹. Esto significa que el órgano de investigación y la autoridad judicial encargada tienen la tarea de distinguir entre la conducta presuntamente ilícita de los abogados, por una parte, y los actos que llevan a cabo en la representación regular de los intereses de sus clientes, por otra. Sólo en el primer caso está legitimada la intervención investigadora. El hecho de que un individuo represente legalmente a otro ante los tribunales, con independencia de la magnitud o la naturaleza de los delitos de los que se acusa a este último, no autoriza al primero a convertirse en el blanco de la mirada vigilante del Estado.

222. Los Principios de las Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados proporcionan un apoyo interpretativo relevante a estas normas al afirmar que los gobiernos deben reconocer y respetar la confidencialidad de todas las comunicaciones

¹⁸⁶ Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 75.

¹⁸⁷ Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párrs. 158-160.

¹⁸⁸ Sentencia, párr. 561.

¹⁸⁹ Organización de las Naciones Unidas, Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Doc. de la ONU A/CONF.144/28/Rev.1, párr. 18.

y consultas entre abogados y clientes en el contexto de su relación profesional¹⁹⁰. Esta garantía está ampliamente reconocida en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales¹⁹¹. En Brasil, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal ha reconocido que “[la] inmunidad profesional es indispensable para que los abogados puedan ejercer sus funciones públicas de manera digna y completa” y que “la inviolabilidad del despacho o del lugar de trabajo es una consecuencia de la inviolabilidad garantizada a los abogados en el ejercicio de su profesión”¹⁹².

223. La más alta corte brasileña, en consonancia con los preceptos convencionales antes mencionados, ha llegado a la conclusión de que las medidas de registro e incautación en el entorno profesional sólo están justificadas en los casos muy excepcionales en que el abogado sea el objetivo de las investigaciones¹⁹³. Sin embargo, no basta con que el abogado esté en el centro de la investigación o del proceso y que el poder judicial autorice la operación. La prerrogativa del secreto profesional también refuta cualquier orden genérica de incautación o interceptación, es decir, que no describa claramente los límites de la orden de registro.

224. Bajo estas premisas, quedó establecido en el voto conductor del fallo del Supremo Tribunal Federal que, si bien eventuales restricciones al principio de protección de la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones pueden parecer justificables por el deber de garantizar la seguridad pública, “[n]o puede decirse lo mismo de las garantías relativas al ejercicio de la profesión [de abogado]. La falta de especificación de lo que debe recogerse en un registro e incautación, cuando el abogado no está siendo investigado sino un cliente concreto, ofende la garantía constitucional que permite el libre ejercicio de la profesión de abogado”¹⁹⁴.

225. En estas circunstancias, junto a las garantías materiales destinadas a salvaguardar la confidencialidad de las comunicaciones y de los documentos de los abogados, existen medidas destinadas a poner coto a los abusos practicados en el curso de operaciones de cualquier tipo llevadas a cabo en el entorno profesional del abogado. Con este fin, las legislaciones nacionales que regulan las prerrogativas de los abogados han incluido cláusulas que exigen la presencia de representantes de la

¹⁹⁰ Organización de las Naciones Unidas, Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Doc. de la ONU A/CONF.144/28/Rev.1, párr. 22.

¹⁹¹ “G. Independence of Lawyers. [...]” (b) States shall ensure that lawyers: 1. are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference; 2. are able to travel and to consult with their clients freely both within their own country and abroad; 3. shall not suffer, or be threatened with, prosecution or administrative, economic or other sanctions for any action taken in accordance with recognized professional duties, standards and ethics. (c) States shall recognize and respect that all communications and consultations between lawyers and their clients within their professional relationship are confidential. (d) It is the duty of the competent authorities to ensure lawyers access to appropriate information, files and documents in their possession or control in sufficient time to enable lawyers to provide effective legal assistance to their clients. Such access should be provided at the earliest appropriate time”. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, adoptada en 29 de mayo de 2003; “Principle I - General principles on the freedom of exercise of the profession of lawyer. 6. All necessary measures should be taken to ensure the respect of the confidentiality of the lawyer-client relationship. Exceptions to this principle should be allowed only if compatible with the Rule of Law.” Comité de Ministros del Consejo de la Europa. Resolución (2000) 21, adoptada el 25 de octubre de 2000.

¹⁹² Supremo Tribunal Federal de Brasil. Acción Directa de Inconstitucionalidad No. 1127. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Juzgado el 17 de mayo de 2006.

¹⁹³ Supremo Tribunal Federal de Brasil. Habeas Corpus nº 91.610, Relator Ministro Gilmar Mendes. 2ª Sala. Juzgado el 8 de junio de 2010; Supremo Tribunal Federal de Brasil. Habeas Corpus nº 91.867, Relator Ministro Gilmar Mendes. 2ª Sala. Juzgado el 24 de abril de 2012; Supremo Tribunal Federal de Brasil. Reclamación nº 57.996. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Juzgado el 3 de abril de 2023.

¹⁹⁴ Supremo Tribunal Federal de Brasil. Habeas Corpus nº 91.610, Relator Ministro Gilmar Mendes. 2ª Sala. Juzgado el 8 de junio de 2010, voto del Ministro Gilmar Mendes.

entidad de representación de la abogacía – sobre todo los colegios de abogados – durante procedimientos como el registro y la incautación.

226. En este sentido, la sentencia cita como ejemplo de buenas prácticas el Estatuto de la Abogacía de Brasil (Ley 8.906 de 1994)¹⁹⁵, que, además de delimitar una amplia lista de derechos de los abogados, establece claramente las circunstancias en las que deben llevarse a cabo las órdenes de búsqueda y captura contra ellos, que deben ser "específicas y detalladas" y sólo pueden emitirse en presencia de pruebas de materialidad y autoría de la comisión de un delito, mediante una decisión judicial motivada.

227. Además, el cumplimiento de la diligencia requiere la presencia de un representante de la Orden de Abogados de Brasil, que debe ser debidamente respetado por los agentes encargados de llevar a cabo el registro. La legislación le atribuye expresamente la facultad de impedir que documentos ajenos a la investigación, especialmente los relativos a clientes o que no sean pertinentes al objeto de la orden, sean "analizados, fotografiados, filmados, retirados o incautados"¹⁹⁶. Además, la asociación profesional debe supervisar no sólo la ejecución de la orden judicial, sino todo el proceso de análisis de los documentos y equipos incautados, con el fin de evitar que la inspección traspase los límites fijados por la autoridad judicial y, sobre todo, las fronteras inexpugnables del secreto profesional.¹⁹⁷

228. Normas de este tipo también están presentes en los ordenamientos jurídicos de otros países, como Argentina. La Ley 23.187 de 1985 estipula que es deber del juez notificar al Colegio de Abogados en caso de registro del bufete de un abogado, otorgando a la parte investigada la prerrogativa de solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo del *Colegio de Abogados* para supervisar las actuaciones¹⁹⁸.

229. Este requisito también se ha asimilado al Derecho internacional de los derechos humanos, como hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *André y otro contra Francia* (2008). En esa ocasión, el TEDH reconoció que cuando se encuentran indicios creíbles de la participación de un abogado en un delito, los abogados pueden ser objeto de registros, en cuyas ocasiones es necesario que esté presente un representante de la asociación profesional de la abogacía¹⁹⁹.

230. Por último, la obligación de inutilizar las pruebas obtenidas de forma irregular -es decir, sin observar los criterios establecidos en la sentencia- mencionada en el apartado 561 de la Sentencia, es una consecuencia directa y necesaria de (i) el mandato de inviolabilidad de la comunicación abogado-cliente y (ii) los límites a la vigilancia e investigación de los abogados, con el fin de otorgarles la máxima

¹⁹⁵ Sentencia, nota 698.

¹⁹⁶ Brasil. Ley 8.906/1994, art. 7, §6-C.

¹⁹⁷ Brasil. Ley 8.906/1994, art. 7, §6-F. É garantido o direito de acompanhamento por representante da OAB e pelo profissional investigado durante a análise dos documentos e dos dispositivos de armazenamento de informação pertencentes a advogado, apreendidos ou interceptados, em todos os atos, para assegurar o cumprimento do disposto no inciso II do caput deste artigo.

¹⁹⁸ Argentina. Ley 23.187 de 25 de junio de 1985, Art. 7 "e". Son derechos específicos de los abogados, sin perjuicio de los acordados por otras disposiciones legales, los siguientes: (...) e) La inviolabilidad de su estudio profesional, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En caso de allanamiento, la autoridad competente que hubiere dispuesto la medida deberá dar aviso de ella al Colegio al realizarla, y el abogado podrá solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo.

¹⁹⁹ TEDH, *André y otros vs. Francia*, nº 18603/03, sentencia de 24 de julio de 2008, párrs. 42 y 43.

protección. En otras palabras, en el caso muy excepcional de que se autorice cualquier actividad invasiva hacia un abogado, si la autoridad entra en contacto con cualquier forma de comunicación entre el abogado y su cliente, u obtiene cualquier información fuera de los estrictos límites permitidos, debe destruirla inmediatamente. Sin esta garantía, la prerrogativa del secreto profesional queda vacía.

b. Medidas de protección de la actividad periodística

231. Aunque el caso en cuestión se centraba esencialmente en las violaciones cometidas contra un colectivo de abogados, la sentencia también establece límites específicos a la realización de actividades de inteligencia contra periodistas. Cabe señalar que el CAJAR también contaba en su plantilla con periodistas y asesores de prensa, que igualmente fueron objeto de hostilidades y actividades de inteligencia. A título ilustrativo, una de las víctimas, periodista y jefa de prensa del Colectivo, fue fotografiada por desconocidos, recibió varias amenazas de muerte en su teléfono, allanaron su domicilio y le robaron documentos²⁰⁰. Este ejemplo muestra el alcance de la violencia a la que fueron sometidas las víctimas, que no se limitó a las personas directamente implicadas en actividades de litigio, y al mismo tiempo atestigua la importancia de conceder una mayor protección a las personas actuantes en la comunicación pública y la prensa.

232. Bajo esta premisa, la Corte IDH ha afirmado prudentemente que "*se torna imprescindible limitar las acciones de inteligencia respecto de determinadas categorías de personas, particularmente las y los periodistas, en función de salvaguardar la confidencialidad de sus fuentes*"²⁰¹. Esta afirmación es plenamente acorde con la tradición de la jurisprudencia interamericana, que reconoce el papel indispensable del periodismo para la preservación de la democracia.

233. Ya en los albores de su labor, en la Opinión Consultiva 05 de 1985, la Corte IDH identificó al periodismo como la primera y principal manifestación de la libertad de expresión, de la cual deriva el deber del Estado de garantizar la libertad y la independencia de quienes tienen a su cargo su ejercicio²⁰². Desde entonces, la Corte IDH ha construido una sólida cadena de precedentes en la materia, de la cual derivan requisitos que deben ser observados por los Estados para garantizar el ejercicio libre e independiente de la actividad periodística, así como salvaguardas específicas que deben ser observadas al momento de imponer cualquier restricción a esta función. Sobre este tema, he tenido oportunidad de reflexionar en votos apartados en los casos *Moya Chacón y otros vs. Costa Rica* (2022)²⁰³ y *Baraona Bray vs. Chile* (2022)²⁰⁴.

234. El caso *CAJAR vs. Colombia* ofrece un terreno fértil para la mejora hermenéutica en relación con el ámbito de la protección otorgado por el artículo 13

²⁰⁰ Sentencia, párrs 253, 285 y 286.

²⁰¹ Sentencia, párr. 556.

²⁰² Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 71 e 34.

²⁰³ Corte IDH. *Caso Moya Chacón y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, voto del Juez Rodrigo Mudrovitsch.

²⁰⁴ Corte IDH. *Caso Baraona Bray vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, voto de los jueces Pérez Manrique, Ferrer MacGregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch.

de la Convención. Uno de sus aspectos, que pude explorar anteriormente, se refiere al derecho de acceso a la información y a las garantías procedimentales que permiten operacionalizarlo bajo el derecho a la autodeterminación informativa. Sin embargo, como anticipé, en este apartado me centraré en los estándares especialmente relacionados con la protección de la actividad periodística. Desde este punto de vista, hay dos elementos que merece la pena destacar.

235. La primera se refiere al deber de protección reforzada que se deriva del reconocimiento del derecho a defender los derechos. Por supuesto, no existe una equivalencia irreflexiva entre la actividad de un periodista y la función de un defensor de los derechos humanos. Sin embargo, en un contexto general de persecución de quienes denuncian públicamente violaciones de derechos humanos, los regímenes de protección de ambas categorías se entrecruzan. Es necesario señalar que reconocer el papel central de los defensores de derechos humanos en el debate sobre cuestiones de interés público, como lo ha postulado desde hace mucho tiempo la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰⁵, es también decir que tienen la ardua tarea de exponer los hechos más incómodos a quienes detentan el poder. Adopté esta posición en mi voto en el caso *Moya Chacón vs. Costa Rica*:

63. En este sentido, es necesario tener en cuenta que la protección legal que se otorga a los periodistas no sólo no puede ser menor, sino que, por el contrario, debe incrementarse debido a la importancia colectiva (e instrumental) que tiene su oficio en una sociedad democrática. Y es que la actividad profesional de la prensa contrarresta, mediante la inserción de un discurso crítico al ejercicio de funciones públicas potencialmente desviadas, la supresión selectiva de la circulación de informaciones consideradas vergonzosas por el Estado²⁰⁶.

236. La virtual superposición entre los roles de periodista y defensor se evidencia en la afirmación de que "*las actividades de vigilancia, denuncia y educación que realizan las personas defensoras contribuyen de manera esencial a la observancia de los derechos humanos, en tanto actúan como garantes contra la impunidad y, a su vez, complementan el rol de los Estados y del Sistema Interamericano en su conjunto*"²⁰⁷. Sin garantías adecuadas que permitan a los profesionales de la prensa dar a conocer verdades incómodas, el temor a la persecución – o *chilling effect* – se convierte en una verdadera mordaza a la comunicación pública²⁰⁸.

237. En esta línea, la tradición del Tribunal de proteger el derecho a la libertad de expresión se basa en el entendimiento pacífico de que el menoscabo de este derecho no se contenta con actos de censura previa o con la imposición de penas desproporcionadas por el abuso de su ejercicio.

238. Recuerdo aquí la sentencia del caso *Vélez Restrepo vs. Colombia*, que versó sobre la responsabilidad del Estado por las agresiones sufridas por una periodista que

²⁰⁵ En su jurisdicción contenciosa, la relación inseparable entre el periodismo y la promoción del debate sobre cuestiones de interés público ha estado presente al menos desde el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Corte IDH. *Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 153.

²⁰⁶ Corte IDH. *Caso Moya Chacón y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, voto del Juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 63.

²⁰⁷ Sentencia, párr. 973.

²⁰⁸ A este respecto, véase Corte IDH. *Caso Baraona Bray vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, voto de los jueces Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch, párr. 36; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021. Serie C No. 446.

captó imágenes de la represión llevada a cabo por el ejército colombiano contra las protestas populares. Sin vacilar, la Corte IDH concluyó que no se había cumplido con el artículo 13 de la Convención debido a que la violencia perpetrada contra la víctima le impidió seguir registrando los hechos que estaban ocurriendo, produciendo un "impacto negativo en otros periodistas que deben cubrir hechos de esa naturaleza, quienes pueden temer sufrir actos similares de violencia"²⁰⁹ .

239. Es precisamente este razonamiento el que inspiró a la Corte IDH para declarar que la violación del derecho a defender los derechos también incluye la responsabilidad del Estado de salvaguardar las libertades previstas en el artículo 13 de la Convención²¹⁰ .

240. El segundo elemento se refiere a los límites objetivos que deben imponerse al alcance de la vigilancia estatal de la actividad periodística. Como se desprende de la sentencia dictada en este caso, los límites a la incursión de las actividades de inteligencia en el ámbito de la práctica profesional de los abogados también se aplican a la prensa. En otras palabras, un periodismo libre e independiente presupone el secreto profesional. Así deben entenderse los estándares propuestos en la Sentencia, que establecen que las operaciones de inteligencia en el ámbito de la actividad periodística sólo se permitirán previa autorización judicial²¹¹ .

241. La interpretación de estas directrices no puede llevar al intérprete a la conclusión de que el control de los tribunales es suficiente para permitir un escrutinio sin restricciones de la actividad profesional del periodista. Existen límites infranqueables que, por la trascendencia social de la profesión, limitan el propio alcance que corresponde a la decisión judicial. Esto es cierto para la comunicación entre abogado y cliente, y debe serlo para la fuente de información en los servicios de los medios de comunicación.

242. En otras palabras, la fuente periodística debe considerarse siempre inviolable. No cabe ningún juicio de proporcionalidad ni análisis caso por caso; se trata de una categoría de información inatacable.

243. En caso de que se sospeche que el periodista está implicado en actividades ilegales, las autoridades judiciales competentes, cumpliendo los requisitos enumerados en la Sentencia, podrán autorizar la realización de actividades de vigilancia, siempre que adopten una decisión debidamente motivada.

244. Reitero que estas medidas en ningún caso pueden llevar al órgano de control a llegar a la identidad de las fuentes que sirven al sujeto vigilado u objeto de operación de registro e incautación. Como dejó claro la Sentencia, la fundamentación de la orden judicial que autoriza estas actuaciones debe ser reforzada, y corresponde al juez que la concede demostrar la presencia de indicios claros de actos ilícitos por parte del sujeto y que la medida es proporcionada²¹² . Es más, debe establecer con precisión²¹³ los objetivos de la operación y la información que se puede recabar,

²⁰⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo y Familia Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 148.

²¹⁰ Sentencia, párr. 982.

²¹¹ Sentencia, párr. 561.

²¹² Sentencia, párr. 561.

²¹³ Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/70/361. 8 de septiembre de 2015. Párr. 62.

siempre con estricto respeto a las directrices marcadas por la Convención y por la jurisprudencia de la Corte IDH.

245. Estos preceptos reafirman los importantes estándares relativos a la protección de las actividades de los periodistas, establecidos en el reciente caso *Moya Chacón vs. Costa Rica* (2022). En esa ocasión, la Corte IDH señaló expresamente que la protección de las fuentes periodísticas es fundamental en una sociedad democrática, ya que permite que las sociedades se beneficien del periodismo de investigación con el objetivo de fortalecer la buena gobernanza y el Estado de Derecho²¹⁴.

246. En América Latina, la garantía de la confidencialidad de las fuentes suele ubicarse en el ámbito mismo del derecho constitucional positivo, como ocurre en Argentina²¹⁵, Brasil²¹⁶, Ecuador²¹⁷ y Paraguay²¹⁸, por ejemplo. Este postulado también ha sido ampliamente aceptado por las altas cortes nacionales. En Colombia, por ejemplo, aunque no aparece literalmente en la Constitución, la Corte Constitucional del país consideró la reserva de la fuente como un derecho fundamental "necesari[o] para proteger la independencia del periodista, y para que pueda ejercer la profesión y satisfacer el derecho a la información". Para el tribunal colombiano, esse direito protege muito mais do que a identidade da fonte humana do jornalista, abrangendo "la facultad del comunicador de negarse a revelar, en general, todos los documentos que componen el material de sus actividades periodísticas"²¹⁹.

247. En Brasil, la cuestión fue discutida en la Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental nº130, en la que se argumentó que "la prerrogativa relativa al sigilo de las fuentes, lejos de ser un mero privilegio personal o estamental, constituye, de hecho, un medio esencial de realización del derecho constitucional de proveer información y, por lo tanto, revelándose oponible, en consecuencia, a cualquier órgano o autoridad del Poder Público, sin importar la esfera en la que se encuentre la actuación institucional de los agentes estatales interesados"²²⁰.

248. En el *ius commune* europeo, la confidencialidad de las fuentes ha sido reconocida como un elemento fundamental para el acceso público a la información y un derecho que, en la práctica, aumenta la transparencia de los procesos de toma de decisiones y fortalece la democracia²²¹. En la misma línea, el Consejo de Europa adoptó en 2000 una recomendación en la que se establece que las interceptaciones

²¹⁴ Corte IDH. *Caso Moya Chacón y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2022. Serie C No. 451, párr. 70.

²¹⁵ Constitución de la Nación Argentina, art. 43 (...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

²¹⁶ Constitución de la República Federativa de Brasil, art. 5, XIV. - el acceso a la información y la protección de la confidencialidad de la fuente cuando sea necesario para la práctica profesional.

²¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, art. 20 - El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación.

²¹⁸ Constitución de la República del Paraguay, art. 29: El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa. Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información.

²¹⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-594/17. Expediente T- 6.150.833. Sentencia del 25 de septiembre de 2017.

²²⁰ Supremo Tribunal Federal de Brasil. Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental nº 130/DF, Relator: Ministro Carlos Britto, Juzgado el 30 de abril de 2009. Voto del Ministro Celso de Mello.

²²¹ Parlamento Europeo. Resolution on confidentiality for journalists' sources and the right of civil servants to disclose information, doc. A3-0434/93.

de comunicaciones, la vigilancia y los registros judiciales no deben utilizarse si su objetivo es eludir el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes, salvaguardando así las conversaciones, la correspondencia, las pertenencias y la información personal relacionada con su trabajo. E incluso si esta información es obtenida legalmente por las autoridades policiales y judiciales, debe impedirse el uso posterior de la misma²²² .

249. Así como la salvaguarda del periodismo independiente presupone límites claros a la persecución penal, en línea con la evolución jurisprudencial de la Corte IDH en materia de libertad de expresión, la intromisión estatal en otras formas, como a través de actividades de inteligencia, también debe ser contenida. En este último punto radica importante avance promovido por la sentencia del caso *CAJAR vs. Colombia*.

VI. Conclusión

250. El caso *CAJAR vs. Colombia* abre nuevas vías para la protección de derechos reconocidos de manera inédita en la Sentencia y profundiza entendimientos relevantes de los estándares de protección convencional que se han establecido en las últimas décadas en la jurisprudencia de la Corte IDH. En este sentido, este caso reconoció el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a defender los derechos humanos como derechos autónomos y directamente exigibles. La Corte IDH también abrió nuevos caminos al establecer estándares de protección reforzada para las condiciones de ejercicio profesional de abogados y periodistas, reforzando su entendimiento de la garantía de independencia en los sistemas de administración de justicia. Igualmente importante fue la apertura de la lista de víctimas que permitió la innovadora aplicación del artículo 35.2 del Reglamento del Tribunal debido al carácter colectivo de las violaciones, decisión que abre un importante horizonte de posibilidades para futuros desarrollos hermenéuticos.

251. Más que eso, el caso ha mostrado su relevancia al reflejar las tensiones que el desarrollo tecnológico y la amplia circulación de datos traen al plano de la protección de los derechos humanos, creando espacios para que episodios como los retratados en la sentencia se vuelvan recurrentes en los países de la región. De ahí la importancia de que, en un futuro próximo, la Corte Interamericana también dirija su atención hacia nuevas perspectivas de protección, como el derecho a la integridad de los sistemas.

252. Finalmente, es importante destacar el ambicioso y necesario conjunto de reparaciones contenidas en la sentencia. Las medidas otorgadas por la Corte IDH, especialmente las relativas a la reforma de la Ley 1621 de 2013, son un punto de convergencia entre los estándares derivados del derecho a la autodeterminación informativa y la constatación de que las violaciones a las que se ha enfrentado la Corte no son eventos ubicados en momentos específicos de la historia, sino que revelan una dimensión estructural y sistémica. Al promover un examen detallado del marco jurídico que regula las actividades de inteligencia en Colombia, la sentencia consolidó la comprensión histórica del control de convencionalidad desarrollada por

²²² Consejo de Europa. Recomendación. No. R (2000) 7 of the Committee of Ministers to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information.

la Corte IDH, reafirmando el concepto de que el alcance de su jurisdicción está definido, ante todo, por el principio de la reparación integral.

Rodrigo Mudrovitsch
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario